

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

FELIPE RAMOS DE OLIVEIRA ZAHAN KLOOS

**LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO
DESCRIMINALIZANTE E O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 187**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2016**

FELIPE RAMOS DE OLIVEIRA ZAHAN KLOOS

**LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO
DESCRIMINALIZANTE E O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 187**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor M.e Afonso Maria das Chagas.

**CACOAL – RO
2016**

Kloos, Felipe Ramos de Oliveira Zahan.
K66l Liberdade de manifestação do pensamento
descriminalizante e o julgamento da arguição de
descumprimento de preceito fundamental n. 187/ Felipe
Ramos de Oliveira Zahan Kloos – Cacoal/RO: UNIR, 2016.
82 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. M.e Afonso Maria das Chagas.

1. Direito constitucional. 2. Pluralismo político. 3. Livre
manifestação. 4. Descriminalização. I. Chagas, Afonso Maria
das. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.
CDU – 342

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

**LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO
DESCRIMINALIZANTE E O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 187**

FELIPE RAMOS DE OLIVEIRA ZAHAN KLOOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Afonso Maria das Chagas - UNIR - Presidente

Professora M^a Ozana Rodrigues Boritza - UNIR - Membro

Professor Esp. Thiago Barisson de Mello Oliveira - UNIR - Membro

Conceito: 98

Cacoal, 30 de maio de 2016.

Dedico este trabalho aos meus amados pais,
Vanderlei e Adalgisa pelo amor incondicional e pelo
empenho em minha educação.

Aos meus queridos irmãos Igor Leonardo e Nathália
por vibrarem com minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Pai Celestial por ter me concedido a graça da vida e por ter me ajudado nos poucos momentos difíceis pelos quais passei, permitindo que finalizasse mais uma etapa de minha jornada.

Ao meu orientador, Professor M.e Afonso, por acreditar na relevância do tema e pela disponibilidade em orientar-me, transmitindo seus conhecimentos e motivando-me.

À Professora M^a Sônia, pela ajuda na elaboração deste trabalho e motivação nesta fase final do curso.

A minha namorada Anna Clara pelo amor, apoio, paciência durante este processo de conclusão do curso.

Aos amigos que fiz na Universidade Federal de Rondônia, *campus* de Cacoal.

RESUMO

O presente trabalho denuncia a existência de uma incerteza quanto a proteção do direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante no ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta um estudo acerca da história e dos fundamentos da livre manifestação do pensamento no sistema constitucional brasileiro, bem como, breve estudo acerca dos mecanismos judiciais e processuais utilizados para salvaguardar o direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante no caso concreto em análise. Traz à tona, ao analisar a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante, especialmente no que tange aos seus principais fundamentos, quais sejam, o de instrumentalizar o exercício do direito de crítica e do direito de petição, bem como de assegurar a participação popular na formação da vontade legislativa, atendendo ao primado do pluralismo político, fundamento da República Federativa do Brasil. Evidencia que, para que o direito à livre manifestação do pensamento possa ser efetivamente assegurado no direito brasileiro, deve haver uma conjugação entre os fundamentos apresentados no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 e a adoção da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes pelo Supremo Tribunal Federal, que preconiza que os fundamentos das decisões em sede de controle abstrato de normas, também vinculam os órgãos judiciais e a administração pública. Esta conjugação faz-se necessária sob pena de que a afirmação do direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante, constante do julgamento da ação constitucional em análise, não produza efeitos em relação às expressões de ideias, opiniões e críticas que pretendam a descriminalização de outras condutas, que não a especificamente julgada, que é a manifestação do pensamento que pretende a descriminalização do uso de maconha ou de outros entorpecentes específicos através da realização de reuniões, marchas e passeatas públicas, direito este assegurado pela parte dispositiva do acórdão da arguição em análise. Para a sua elaboração foi utilizado o método de abordagem dedutivo e adotado o método filosófico da zetética e dogmática jurídica, uma vez que procedeu-se ao estudo do que é a livre manifestação do pensamento descriminalizante e de seus fundamentos, através da análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, bem como ao estudo de como deve proceder o Supremo Tribunal Federal a fim de ampliar os efeitos da decisão em relação às manifestações do pensamento que pugnam pela descriminalização de outras condutas que não as asseguradas pela ação constitucional. Os meios técnicos de investigação escolhidos para a concretização desta pesquisa foram o método histórico e monográfico. O procedimento técnico aplicado foi o de pesquisa bibliográfica e o estudo de caso.

Palavras-chave: Livre manifestação do pensamento. Pluralismo político. Descriminalização.

ABSTRACT

This study reveals the existence of an uncertainty regarding the protection of freedom of expression that seek the decriminalization on the Brazilian legal system. It presents a study on the history and fundamentals of freedom of speech in the Brazilian constitutional system, as well as a brief study about the judicial and procedural mechanisms used to safeguard the right to express decriminalization thoughts in the case under review. It brings up, when analyzing the complaint of noncompliance of fundamental precept n. 187, the understanding the Supreme Court about the freedom of expression that seek the decriminalization, especially with regard to its main foundations, which are, instrumentalize the exercise of the right of criticism and the right of petition and to ensure public participation in the formation of legislative will, given the primacy of political pluralism, one of the foundations of the Federative Republic of Brazil. It shows that for the freedom of expression can be effectively ensured under the Brazilian law, there must be a combination of the ground presented in the trial of the complaint of noncompliance of fundamental precept n. 187 and the adoption of the Theory of the Transcendence of the Determinants Reasons by the Supreme Court, which states that the foundations of decisions signed in the exercise of the abstract control of norms, also bind the judiciary and the public administration. This combination is necessary otherwise the assertion of the freedom of expression that pretends the decriminalization, present in the judgment of the constitutional action in question, not have effect in relation to the expression of ideas, opinions and criticisms wishing the decriminalization of other behaviors, than the one judged, which is the expression of thought that seeks to decriminalize the use of marijuana or other specific drug by performing meetings, marches and public demonstrations, a right guaranteed by the operative part of the complaint under review. For its preparation, the approach method used was the deductive and the philosophical method adopted was the zetetic and legal doctrine, since it proceeded to the study of what is the freedom of expression that seek the decriminalization of behaviors and its foundations, by analyzing the complaint of noncompliance of fundamental precept n. 187, as well as formulated, through the study of the case, of how should proceed the Supreme Court in order to extend the effects of the decision on the freedom of expression that seek the decriminalization of another behaviors than the one secured by the constitutional action. The technical means of investigation chosen for the realization of this research were the historical and monographic method. The technical procedure used was the bibliographical research and the case study.

Keywords: Free expression of thought. political pluralism. Decriminalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	11
1.1 ABORDAGEM HISTÓRICA E CONCEITUAL	11
1.2 LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: O ANTES E O DEPOIS	16
1.3 LIMITES À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	21
2 OS MECANISMOS DE CONTROLE JUDICIAL E SOCIAL: APORIAS	31
2.1 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DIFUSO, ABSTRATO E MISTO	32
2.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	36
2.3 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	46
3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 187 ..	49
3.1 DIREITO DE REUNIÃO COMO INSTRUMENTO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	52
3.2 DIREITO DE CRÍTICA COMO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO DESCRIMINALIZANTE	55
3.3 DIREITO DE MANIFESTAR-SE PELA ABOLIÇÃO PENAL	60
3.3.1 Manifestação do pensamento descriminalizante e apologia ao crime	65
3.4 TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 187	70
CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS	78
OBRAS CONSULTADAS	83

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar se a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, que ao ser julgada procedente assegurou o direito de manifestar-se pela descriminalização da maconha ou de outros entorpecentes específicos, é suficiente para a garantia da manifestação do pensamento que vise a descriminalização de outras condutas tidas como crime, quaisquer que sejam.

Para tanto, analisa o direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante, apresentando sua evolução histórica enquanto garantia constitucional, bem como seus fundamentos e seus limites.

A importância da realização deste trabalho apoia-se na possibilidade de que sejam cometidos abusos por autoridades policiais e judiciárias que, ao compreender que a manifestação do pensamento descriminalizante confunde-se com a própria prática do ato que pugnam pela abolição, acabam por criminalizar a defesa da descriminalização, enquadrando os manifestantes ou comunicadores pela prática de apologia ou incitação ao crime, a depender do caso concreto. Neste exato sentido, diversos órgãos judiciários corroboraram este entendimento em relação à realização do evento “Marcha da Maconha”, que visava a descriminalização do uso da maconha.

Entretanto, em que pese o Supremo Tribunal Federal ter decidido que a manifestação do pensamento que pretende a descriminalização do uso da maconha ou de outra substância entorpecente específica não se confunde com o ato de fazer apologia ou incitar a prática de crime, a manifestação do pensamento que pretende a descriminalização de outras condutas tidas como crime permanece à mercê da interpretação da extensão do direito à livre manifestação do pensamento pelas autoridades policiais e judiciárias, o que acaba por ensejar insegurança jurídica e consequentemente, ainda que indiretamente, censura à manifestação do pensamento descriminalizante, uma vez que a depender de sua convicção, a autoridade, por discordar do conteúdo veiculado pelo manifestante, pode vir a proibir a realização de reunião pública com fulcro na manutenção da ordem e da segurança pública ou

mesmo responsabilizar criminalmente um manifestante pelo legítimo exercício de seu direito de crítica às normas penais.

A existência destas decisões e indiciamentos, apresentados na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, demonstram incompatibilidade com a previsão constitucional do direito à livre manifestação do pensamento, assentada no artigo 5º, inciso IV da Constituição (BRASIL, 1988), bem como a vedação expressa à censura de natureza política e ideológica, prevista no artigo 220, § 2º do texto constitucional (BRASIL, 1988).

Portanto, para a compreensão da espécie de manifestação do pensamento que pretende a descriminalização de uma conduta, inicialmente, se abordará a história e o conceito da liberdade de manifestação do pensamento, bem como seus fundamentos e limites constitucionais.

No segundo capítulo serão apresentadas breves considerações quanto aos mecanismos e técnicas judiciais utilizadas na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 a fim de apresentar aspectos gerais e técnicos que possibilitarão a compreensão da espécie utilizada para provocar a corte constitucional brasileira à deliberar acerca do direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante. Para tanto, serão realizadas considerações acerca dos modelos de controle de constitucionalidade, estudo acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da técnica de interpretação conforme a Constituição.

O último capítulo está reservado ao estudo da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, visando extrair do caso concreto, os fundamentos do direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante, bem como proceder à verificação da produção dos efeitos práticos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em relação às manifestações de pensamento que pretendam a descriminalização de outras condutas tidas como crime, que não o uso de entorpecentes. Ainda, constatando o alcance da decisão, apresenta breves considerações acerca da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, teoria esta que possibilitaria a proteção do direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante em relação às quaisquer condutas tidas como crime.

Para os fins a que se propõe, este trabalho adota o método científico dedutivo, uma vez que este partirá do estudo da liberdade de manifestação do pensamento e do controle de constitucionalidade em seu caráter geral e amplo para em seguida prosseguir ao estudo do caso concreto e de suas particularidades. Adota-se a

abordagem filosófica da zetética e dogmática jurídica, uma vez que procedeu-se ao estudo do que é a livre manifestação do pensamento descriminalizante e de seus fundamentos, através da análise da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, bem como ao estudo de como deve proceder o Supremo Tribunal Federal a fim de ampliar os efeitos da decisão em relação às manifestações do pensamento que pugnem pela descriminalização de outras condutas que não as asseguradas pela ação constitucional.

Os meios técnicos de investigação escolhidos para a concretização desta pesquisa foram os métodos histórico e monográfico. O procedimento técnico aplicado foi o de pesquisa bibliográfica e o estudo de caso.

1 DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

1.1 ABORDAGEM HISTÓRICA E CONCEITUAL

Para os fins a que este trabalho se propõe, faz-se imprescindível uma breve contextualização histórica do conceito de liberdade e da liberdade de manifestação do pensamento, bem como a apresentação de seus fundamentos, principalmente porque a compreensão da justificativa para a proteção da livre manifestação do pensamento mostra-se extremamente útil quando se enfrentam problemas relacionados com a aplicação e deste direito básico.

O estabelecimento e observância dos direitos fundamentais nas condições em que hoje se encontram é fruto de amadurecimento histórico. Visando facilitar esta compreensão, a doutrina constitucional costuma adotar uma perspectiva cronológica de concepção e evolução de tais direitos em razão das revoluções sociais que surgiram desde a fundação do constitucionalismo moderno até os dias atuais.

Reputa-se, com frequência, à segunda metade do século XVIII como o momento decisivo para a revolução, declaração e positivação de direitos tidos como inerentes à condição humana, ou seja, para a fundação do constitucionalismo liberal. Neste sentido, Bobbio (1992, p. 4) explica a razão da importância deste momento histórico para os direitos fundamentais:

A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado / cidadão ou soberano / súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos do cidadão não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade.

Como decorrência da liberdade, a liberdade de manifestação do pensamento é elencada, pelas revoluções americana e francesa como um direito humano. Em seu artigo 10º, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANÇA, 1789, s.p.) estabelece a impossibilidade de patrulhamento ideológico e de opinião ao estabelecer que ninguém poderá ser inquietado pelas suas opiniões, incluídas aí as religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Adiante, a declaração francesa (FRANÇA, 1789, s.p.), em conjugação com a restrição de patrulhamento ideológico, assenta em seu artigo 11º a impossibilidade de responsabilidade pela expressão do pensamento que não avilte a ordem pública, nos termos previstos da lei:

Artigo 11º - A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei

Importante, a esta altura, relatar que adota-se aqui uma definição inclusiva, e portanto, conjunta da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento como sendo parte de um complexo de liberdades comunicativas, uma vez que a própria Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 trata da mesma liberdade pública ora com uma nomenclatura, ora com outra.

A fim de resolver a questão da nomenclatura e visando o posicionamento de cada liberdade pública comunicativa em seu devido lugar, Tavares (2007, p. 55) apresenta sua classificação da liberdade de expressão:

Em síntese, depreende-se que a liberdade de expressão é o direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos que não pode ser restringido a um singelo externar sensações ou intuições, com a ausência da elementar atividade intelectual, na medida em que a compreende. Dentre os direitos conexos presentes no gênero liberdade de expressão, podem ser mencionados, aqui, os seguintes: liberdade de manifestação do pensamento; de comunicação; de informação; de acesso À informação; de opinião; de imprensa; de mídia e de radiodifusão.

Neste sentido, verifica-se que não há possibilidade de dissociar a liberdade de expressão dos direitos a ela conexos como a liberdade de opinião, pensamento, crença, e manifestação do pensamento, pois estes estão substancialmente ligados à ela, sendo instrumentalizados através da palavra, imprensa, cátedra ou mesmo através das artes, da ciência ou da literatura, pois estas estão resguardadas pela garantia genérica do direito à liberdade de expressão. Reside aí, portanto, a diferenciação entre as dimensões substantiva e instrumental da liberdade de pensamento, sendo que a primeira é a capacidade de idealizar e externalizar as ideias e opiniões do indivíduo, e a segunda, a possibilidade do indivíduo escolher o meio adequado a esta externalização.

Em que pese o reconhecimento da garantia genérica de liberdade de expressão, dentre as diversas liberdades comunicativas, é a liberdade de opinião a liberdade primária e portanto a liberdade sob a qual as demais liberdades comunicativas restam abarcadas, sendo que estas, por sua vez dependem da liberdade opinativa, conforme leciona Silva (2002, p. 240):

De certo modo esta resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atividade intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro.

Portanto, a liberdade de opinião é a liberdade pública que possibilita o exercício intelectual, transformando a vida pública e as relações sociais, através da fruição de seus aspectos internos, como a liberdade de consciência, crença e opinião, bem como de seus aspectos externos, como a liberdade de manifestação do pensamento, que é gozada estejam os interlocutores presentes ou não. No primeiro caso, verifica-se a transmissão do pensamento, através do diálogo, conversação, exposição, etc. No segundo caso, pode ocorrer através de mensagens direcionadas, como a correspondência pessoal, seja ela escrita ou telemática, ou mesmo através de mensagens direcionadas a um número indeterminados de pessoas, como quando se manifesta o pensamento através da edição de livros, jornais, revistas, entre outros.

Entretanto, importante a advertência de Machado (2002, p. 372 *apud* TAVARES, 2007, p. 551) de que: “uma construção conceitual das liberdades comunicativas que consiga circunscrevê-las de modo geometricamente perfeito, parece-nos, no estado actual da teorização, impossível, se é que não o será de todo”.

Entretanto, para os fins a que este trabalho se propõe, faz-se importante aproveitar a melhor diferenciação entre liberdade de expressão e liberdade de manifestação do pensamento que figura na lição de Araújo e Nunes Júnior (2007, p. 143-144) ao afirmar que:

[...] enquanto a opinião diz respeito a um juízo conceitual, uma afirmação do pensamento, a expressão consiste na sublimação da forma das sensações humanas, ou seja, nas situações em que o indivíduo manifesta seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos.

Por conseguinte, a manifestação do pensamento é a externalização de uma opinião, de um juízo, convicção ou conceito acerca de determinado tema, enquanto a expressão é a externalização de um sentimento, sendo que a opinião tem menor relevância na produção das sensações humanas, pois estas se dão em razão da expressão em si mesma.

Em termos de individualidade, a liberdade de expressão figura como chave para o desenvolvimento e a realização do ser humano, sendo certo que está diretamente relacionada à formação da autonomia individual, pois visa conceder ao homem a prerrogativa de soberano de si mesmo, de maneira autônoma e independente, apto à realização pessoal e à formação da personalidade individual (TAVARES, 2007, p. 555).

O doutrinador português Machado (2002, p. 237 *apud* TAVARES, 2007, p. 555) observa, acerca da liberdade de expressão, que ao Estado garantir um “mercado livre das ideias”, também garante maior participação no processo democrático:

A doutrina constitucional costuma debruçar-se sobre alguns objetivos fundamentais, como sejam, entre outros, a procura da verdade, a garantia de um mercado livre das ideias, a participação no processo de auto-determinação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e a expressão da personalidade individual.

Desta maneira, a liberdade de manifestação do pensamento possui a finalidade de formar uma infinita diversidade de opiniões, juízos e conceitos, o que significa a produção de um leque indeterminado de possibilidades e alternativas, em razão da consequente liberdade na formação de preferências, convicções e ideologias, assegurando assim, a transformação pacífica da sociedade através da comunicação e do convencimento.

A importância de tal liberdade se justifica porque as pessoas não vivem concentradas em si mesmas e isoladas, mas em sociedade, onde tendem a expressar-se e trocar suas ideias, opiniões, experiências e conceitos com outros indivíduos. Por essar razão, segundo Pimenta Bueno (*apud* SILVA, 2002 p. 240) é impossível vedar a liberdade de expressar-se e de manifestar o pensamento, porque para isso seria necessário dissolver e proibir a sociedade.

Atribuindo a mesma importância à esta liberdade pública, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 441) reconhecem a exigência deste direito fundamental:

É amplamente reconhecido que a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão, compreendidas aqui em conjunto, constituem um dos direitos fundamentais mais preciosos e correspondem a uma das mais antigas exigências humanas, de tal sorte que integram os catálogos constitucionais desde a primeira fase do constitucionalismo moderno.

Com o avançar do século XX e o estabelecimento de uma comunidade de nações, como já relatado, em busca da paz bem como graças a perseguição da universalização de direitos considerados inatos à condição humana, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, através de uma resolução recomendatória, formalizou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DECLARAÇÃO, 1948, s.p.), que em seu artigo 19 declara pela primeira vez em âmbito internacional, o direito à liberdade de expressão:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

Desta forma, o conceito apresentado pela declaração é amplo, englobando a liberdade de informação, inclusive de maneira global, prevendo a globalização, não devendo as fronteiras geográficas entre os países vincular ou restringir o conhecimento, a informação e a livre circulação de ideias.

A fim de apresentar um conceito de liberdade de expressão, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 442), de maneira simples, porém, sem perder a profundidade, conceituam-a como sendo a liberdade de exprimir opiniões, e portanto, juízos de valor a respeito de fatos, ideais, bem como sobre opiniões alheias.

O constitucionalista Colliard (1972, p. 313 *apud* SILVA, 2002, p. 240) assevera que a liberdade de pensamento é a liberdade de conteúdo intelectual que pressupõe contato do ser-individual com seus semelhantes, pela qual: “o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos”.

Por conseguinte, a liberdade de pensamento se caracteriza como exteriorização da opinião e do pensamento em seu sentido mais abrangente sendo que, no direito de expressão cabe, segundo a visão generalizada, toda mensagem, tudo o que se pode comunicar – juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos (MENDES; BRANCO, 2014, p. 257).

A este direito fundamental recai a missão de assegurar ao mesmo tempo: o direito à autodeterminação dos indivíduos e o processo de interação social. Consequentemente, assegura ainda, a emancipação política.

Logo, vale notar que a liberdade de expressão está intimamente relacionada à noção de democracia, sendo que, muitas vezes, mais liberdade de expressão significará mais democracia. Entretanto, o exercício indiscriminado da liberdade de expressão pode vir a acarretar prejuízos à democracia, o que acabaria por prejudicar também a própria garantia de manifestação do pensamento, uma vez que a mesma pressupõe um sistema democrático (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 441).

Entretanto, sabe-se que na história constitucional brasileira, nem sempre a manifestação do pensamento foi efetivamente livre. Portanto, para o estudo da manifestação do pensamento descriminalizante, faz-se necessária a apresentação da evolução histórica, no ordenamento jurídico brasileiro, do direito fundamental à livre manifestação do pensamento, em sua concepção ampla, geral e inclusiva. Empreende-se agora esta missão.

1.2 LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: O ANTES E O DEPOIS

Sabe-se que cada uma das constituições brasileiras refletem um dado momento político, econômico e social da nação brasileira, sendo certo que a elas restou o ônus de ser o pacto político a presidir as relações jurídicas em nosso País nos momentos históricos pelos quais a nação sobreviveu. Neste sentido, a liberdade de manifestação do pensamento passou por diversas mutações no direito constitucional pátrio, desde a sua concepção na Constituição do Império de 1824.

Desde a Constituição Política do Império do Brasil, a liberdade de manifestação do pensamento já era resguardada pelo artigo 179, segundo o qual:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
[...]

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. (BRASIL, 1824, s.p.)

Não diferente, a Constituição Republicana brasileira (1891), também assegurava a liberdade pública em seu artigo 72, ao reproduzir a previsão do direito à livre manifestação do pensamento. Entretanto, acrescentou a vedação ao anonimato, o que segundo Jacques (1977, p. 481), manifesta-se como: “corolário da individualização da palavra falada ou escrita e da correspondente responsabilidade”.

Verifica-se que ambas as constituições afastavam a possibilidade de censura, o que representava, à época, grande progresso, principalmente para a constituição imperial de 1824, uma vez que a liberdade de manifestação do pensamento havia sido consagrada como direito fundamental e universal não havia muito tempo.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, inovou ao apresentar expressamente em seu corpo constitucional a possibilidade de censura prévia de espetáculos e diversões públicas, em seu artigo 113, o qual previa também o direito de resposta por conta do ofensor e a proibição de propaganda de guerra ou de processos violentos que culminem na subversão da ordem política e social até pela constituição assegurada.

Entretanto, com o golpe de Estado e a implantação do Estado Novo de Getúlio Vargas, baseado nas constituições dos regimes autoritários europeus, a Constituição de 1937 apresentou uma grande limitação à liberdade de manifestação do pensamento, até então nunca vista na história constitucional brasileira:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

5) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado (BRASIL, 1937).

Percebe-se a restrição do exercício da livre manifestação do pensamento ao “cidadão”, bem como a condição de este direito fosse exercido nos “limites prescritos em lei”. Desta maneira, em nome da ordem, da segurança pública, da moralidade pública, dos bons costumes, do interesse público, do bem-estar social e da segurança

nacional, o texto constitucional legitimava a intervenção estatal na manifestação do pensamento, o que ensejou o controle social e o patrulhamento ideológico por parte da estrutura estatal, característica inerente dos regimes mais autoritários.

Com o fim da ditadura Vargas, fez-se necessária a edição de uma nova constituição, que fosse apta à retomar certos ideais liberais e anti-autoritários que fundaram o constitucionalismo moderno, de maneira a opor-se ao período obscuro imediatamente anterior. Neste sentido, em seu artigo 141, a Constituição brasileira de 1946 apresenta o direito à livre manifestação do pensamento, vedando a censura prévia, salvo nos espetáculos e diversões públicas e prevendo que cada um responderá nos casos e na forma da lei quando cometer abusos no exercício deste direito.

Segundo Paulino Jacques (1977, p. 428) a Constituição de 1946 restaurou a ampla liberdade de expressão do pensamento, em modelo semelhante ao da Constituição de 1934, prevendo, em sentido diverso, um caso de proibição da manifestação do pensamento - – “de preconceitos de raça ou de classe”.

Passado algum tempo de estabilidade democrática, com o golpe militar de 1964, fez-se necessária a elaboração de uma nova Constituição, adequada à reorganização do Estado e do exercício do poder decorrente do regime militar e da supressão dos direitos democráticos. Entretanto, em um primeiro momento, a liberdade de manifestação do pensamento não sofreu limitação imediata e abstrata, de caráter geral e constitucional, mas sim sua interpretação judicial foi deturpada, o que ensejou o enquadramento de manifestações do pensamento na Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n. 314 de 1967).

Esta interpretação levou o Supremo Tribunal Federal, a decidir, em acórdão de 2ª Turma, datado de 21 de maio de 1968, do qual foi relator o Ministro Aliomar Baleeiro que o: “o fato de ser marxista e manifestar o pensamento ou adesão ideológico ao marxismo, não é crime”, em razão de ter a Constituição de 1967 previsto expressamente a liberdade de manifestação do pensamento, incluída aí a de convicção política ou filosófica (JACQUES, 1977, p. 482).

Entretanto, com o endurecimento do regime militar e a insurgência de grupos revolucionários e de oposição, houve uso indiscriminado da censura, sendo que, com a edição do Ato Institucional n. 5, em 13 de dezembro de 1968, a liberdade de manifestação do pensamento sofreu um duro golpe, uma vez que o referido ato previa a possibilidade de suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão, sem a

necessidade de homologação do ato pelo Poder Judiciário. O referido ato previa ainda a proibição de manifestação sobre assuntos de natureza política. Neste sentido, o artigo 5º do referido Ato Institucional, *in verbis*:

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

[...]

III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;

§ 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados (BRASIL, 1968).

Desta maneira, ante à discricionariedade da Administração na conveniência e oportunidade de suspender direitos civis e políticos constitucionalmente garantidos sem supervisão judicial, a liberdade de manifestação do pensamento sucumbiu perante a formação de um pensamento político oficial, aprovado pela Administração militar. A Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969, no mesmo sentido, veio a limitar a liberdade de manifestação do pensamento, limitação esta que atendia aos interesses conservadores do regime militar:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. **Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes** (BRASIL, 1969, grifo nosso).

Durante este período obscuro da história constitucional brasileira, a moral e os bons costumes eram tidos como fundamentos de limitação da manifestação do pensamento de quaisquer pessoas que não atendessem os interesse do regime, ou mesmo da autoridade estatal que detinha o poder da limitação, gerando assim, verdadeira insegurança jurídica.

Visando contrapor-se à tamanha intervenção do Estado na formulação e expressão do pensamento, o artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, responsável pela coroação do processo de

redemocratização do País, estabelece a liberdade de manifestação do pensamento como direito fundamental previsto no art. 5º, inciso IV, segundo o qual:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988);

Diferentemente do previsto nas constituições anteriores, a partir da Constituição brasileira de 1988, a liberdade de expressão, segundo Alexandre de Moraes (2012, p. 52): “não pode sofrer nenhum tipo de limitação prévia, no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística”.

Neste mesmo sentido, o artigo 220 da Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente que a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão não sofrerão qualquer restrição, somente àquelas a que a própria constituição faz menção e que contenham um caráter regulatório e não de censura:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...]

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 1988).

Neste sentido, a liberdade de manifestação do pensamento enquanto direito fundamental individual, conjuga-se hoje com a com sua manifestação enquanto direito de expressão coletiva e social, instrumento de realização do direito à democracia.

Assim como os constituintes da Carta de 1946, os membros da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, visando contrapor-se ao autoritarismo instalado no ordenamento jurídico brasileiro e protagonizado pelo regime militar, asseguraram o direito à livre manifestação do pensamento como meio de afirmar a autonomia individual perante a estrutura estatal. Portanto, antes do advento da Constituição Federal de 1988, sob a égide do autoritarismo militar, o que se tinha era uma liberdade pública condicionada, o que por si só já reduzia a importância deste direito universal

no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o exercício desta liberdade não era efetivamente livre.

Entretanto, com a promulgação do texto constitucional vigente, o constituinte, negou ao Estado, o poder de influenciar, direta ou indiretamente, a manifestação do pensamento, reafirmando a liberdade como o pressuposto essencial deste direito fundamental. Esta delimitação do campo de atuação dos indivíduos, em especial a vedação à censura de natureza política é especialmente importante para o estudo da livre manifestação do pensamento descriminalizante.

Logo, faz-se necessário proceder à análise das limitações e restrições à livre manifestação do pensamento elaboradas pela doutrina e jurisprudência a fim de constatar o alcance e extensão deste direito fundamental.

1.3 LIMITES À LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A liberdade de manifestação do pensamento, como um direito fundamental, não pode, em seu exercício, restringir outros direitos fundamentais da mesma importância, pois, caso atente contra o desenvolvimento da personalidade individual e a autodeterminação individual, a mesma tornar-se-á ilegítima, pois os fundamentos que garantem sua pujança, justificam também os demais direitos fundamentais individuais.

Neste sentido, como já relatado, o artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal brasileira (1988) estabelece que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado ao particular manifestar-se de maneira anônima.

A respeito desta vedação, Silva (2007, p. 90) leciona:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seus ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição veda o anonimato.

Portanto, a vedação ao anonimato é limitação expressa à liberdade de manifestação do pensamento, uma vez que, em sendo o caso do pensamento manifestado causar dano ao particular ou ofensa à bem público relevante, não teria o Estado condições de punir, ou mesmo ressarcir a vítima em razão do não conhecimento do autor do pensamento manifestado.

Sabe-se que com o advento da sociedade da informação, o fluxo de informações anônimas na rede virtual se tornou demasiado grande, o que gera problemas no que tange à responsabilidade civil e criminal pelo conteúdo veiculado.

Insta salientar que, o fato do pensamento manifestado ser contrário aos “bons costumes” ou à “moral pública” por si só, não pode ensejar a proibição de sua manifestação, uma vez que “estes não são bens jurídicos protegidos pela Constituição, enquanto a liberdade de expressão o é, razão pela qual deve prevalecer sobre aqueles” (SILVA, 2012, p. 32).

Vale a lembrança de que a moralização do direito e o estabelecimento de modos de viver e padrões de conduta, inclusive de opinião, foram acontecimentos que marcaram diversos regimes totalitários por todo o mundo, inclusive na história brasileira.

Portanto, a imoralidade não pode, jamais, ser o único fundamento para a limitação ou responsabilização daquele que manifesta sua opinião, por mais absurda que a mesma possa parecer. Neste sentido a imoralidade pode ser considerada como condição necessária, mas nunca condição por si só suficiente para justificar a intervenção coativa do Estado na vida e opinião política dos seus cidadãos (SILVA, 2012, p. 44).

Por se tratar de um direito humano, constitucionalmente assegurado e portanto fundamental, toda manifestação do pensamento é a princípio livre e protegida, a não ser que, sob o crivo do devido processo legal, prove-se que tal manifestação viola o ordenamento jurídico. Neste sentido, não se pode, sob o pretexto de receio de abuso, proibir-se previamente determinadas manifestações e expressões comunicativas e do pensamento, uma vez que o ordenamento jurídico compreende maneiras pelas quais se pode reparar os abusos praticados no exercício deste direito fundamental.

A esse respeito, Silva (2012, p. 33) esclarece fazendo uma ressalva que consiste no entendimento de que para o exercício da liberdade de expressão através dos veículos de comunicação em massa o tratamento jurídico é diferente do exercício da liberdade de manifestação do pensamento, enquanto direito fundamental individual exercido pelo ser-individual.

Isto porque, em se tratando de exercício da liberdade de expressão em veículos de comunicação em massa, deve-se observar os limites e restrições previstos no artigo 220 da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade (BRASIL, 1988).

Desta forma, como já relatado, as únicas possibilidades de restrição à liberdade de manifestação do pensamento e à liberdade de expressão são as autorizadas pelo dispositivo constitucional, sendo vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, haja vista que a disposição constitucional tem, enquanto direito fundamental, um caráter de pretensão de que o Estado não exerça qualquer tipo de censura ao pensamento, não cabendo ao Estado o estabelecimento das opiniões que merecem ser tidas como válidas, aceitáveis ou certas, cabendo ao público a que essas manifestações se dirigem este julgamento (BRANCO; MENDES, 2014, p. 257).

A respeito deste mínimo existencial necessário para a autodeterminação individual através da liberdade de manifestação do pensamento, Dworkin (2006, p. 319), assevera que: “O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis”

Em um Estado que se pretenda democrático, republicano e pluralista, a valoração da opinião em si e portanto a formação da opinião oficial representa grande contradição e sua inteira descaracterização, revestindo-se este Estado de manifesta armadura totalitária.

Razão pela qual, no mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 247) assevera que: “a reserva da constituição significa deverem as restrições destes direitos ser feitas

diretamente pela constituição ou através de lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela constituição”.

Neste sentido, nos casos em que há expressa vedação à limitação, não há ponderação que justifique-a. Por outro lado, nos casos em que a constituição autoriza a limitação expressamente, a princípio, não há que se falar em inconstitucionalidade material no ato que perpetre a limitação.

Observando a necessidade de autorização constitucional para a restrição, optou o constituinte por dar ao legislador ordinário competência para regular, através de lei federal, as diversões e espetáculos públicos de maneira a proteger a moral da infância e da juventude, bem como garantir que a propaganda predatória, própria do neoliberalismo, não avilte a saúde pública e o meio ambiente.

Importante ainda ressaltar que o texto constitucional não deixa à mercê da conveniência da Administração a possibilidade de proibir um espetáculo ou mesmo realizar cortes na programação, mas tão somente oportuniza que a mesma indique os horários e locais em que a apresentação de tais programas e espetáculos se mostre adequada em respeito aos direitos da criança e do adolescente.

A respeito desta possibilidade de limitação, Mendes e Branco (2014, p. 262) esclarecem:

A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano. A liberdade de expressão, num contexto que estimule a violência e exponha a juventude à exploração de toda sorte, inclusive a comercial, tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da proteção da infância e da adolescência.

Ademais, embora a doutrina reconheça a possibilidade de restrição da liberdade de manifestação do pensamento, a mesma reconhece que esta restrição só é possível para salvaguardar outros direitos fundamentais, e desde que seja respeitado o núcleo essencial da liberdade de manifestação do pensamento, um patamar mínimo que deve ser mantido a qualquer custo (SILVA, 2012, p. 38).

A respeito da colisão entre direitos fundamentais como possibilidade de restrição da manifestação do pensamento, esclarece Alexy (2008, p. 93):

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser

introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Essa precedência de um princípio ou direito fundamental sobre o outro se dá por meio da verificação, no caso concreto, entre os mesmos, de maneira a que se possa verificar qual o direito ou princípio fundamental mais adequado ao ordenamento constitucional e seus objetivos fundamentais.

Importante, a esta altura, ressaltar que um direito fundamental não pode ser limitado pelo princípio que fundamenta sua existência. Portanto, para limitação da liberdade de manifestação do pensamento é necessário que a seu exercício se oponha um direito fundamental de igual importância no ordenamento jurídico, que por estar revestido de caráter fundamental e constitucional, também fundamenta-se na dignidade da pessoa humana.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, não serve, por si só, como fundamento de restrição ao direito fundamental genérico de liberdade de expressão, sendo necessário para a limitação deste, que a colisão com a dignidade da pessoa humana esteja acompanhada de algum limite expressamente reconhecido no texto constitucional, e por esta razão, acompanhada de um direito fundamental constitucional.

Neste sentido, Mendes e Branco (2014, p. 262) exemplificam possíveis problemas práticos para a solução de problemas envolvendo colisão de direitos fundamentais, o que enseja a aplicação do teste da razoabilidade:

A lei que proíbe o uso de buzina em frente a hospitais não tem por meta restringir a liberdade de opinião política, mas terá repercussão sobre a decisão de promover, nas imediações de estabelecimentos médicos, um *buzinaço* de protesto (grifo do autor)

Para tanto, imprescindível a verificação da razoabilidade e da proporcionalidade no ato praticado pelo Estado para limitar a liberdade de manifestação do pensamento que fere outro direito fundamental, como no exemplo citado, o direito à liberdade de expressão em contraposição ao direito à saúde.

Ainda, segundo Mendes e Branco (2014, p. 262):

O teste da razoabilidade deve atender aos critérios informadores do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Merecerá crítica a lei que não responder ao requisito da

necessidade – vale dizer, se for imaginável outra medida que renda o resultado esperado, mas com menor custo para o indivíduo.

Ademais, em que pese o pensamento imoral, por si só, não ser motivo ensejador de restrição ao direito fundamental de liberdade de manifestação do pensamento, importante verificar a limitação compreendida pela doutrina como limitação à manifestação do pensamento ofensivo. A esse respeito, leciona Mendes e Branco (2014, p. 262):

Palavras que configuram estopins de ação, em vez de pautas de persuasão, não se incluem na garantia constitucional. Isso não pode significar, contudo, que palavras duras ou desagradáveis estejam excluídas do âmbito da proteção da liberdade de expressão. A diferença entre uma discussão robusta e uma diatribe repelida pela Constituição está em que, no primeiro caso, há chance e oportunidade de se corrigirem os erros do discurso, expondo a sua falsidade e as suas falácias, evitando o mal por meio de um processo educativo. Nesses casos, o remédio seria mais liberdade de expressão, mais discurso. No caso desviado, essa perspectiva não existe.

Somente o contexto e a situação fática poderá efetivamente demonstrar se houve ou não abuso da liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, o que não configura uma limitação, uma vez que a liberdade para expressar é assegurada, sendo que o manifestante responderá pelos abusos que cometer.

Desse modo, na seara penal, a manifestação do pensamento só pode sofrer restrições, quando estas efetivamente causarem lesão ou ameaça de lesão à bem jurídico relevante, o que exclui a proibição de comportamentos imorais, pervertidos, hostis ou perigosos que não lesarem ou efetivamente colocarem em risco efetivamente tais bens. Esta conclusão decorre da adoção do princípio da lesividade (*nulla lex sine iniuria*) (FERRAJOLI, 2006, p. 222).

Logo, toda restrição à liberdade de manifestação do pensamento só pode ocorrer no caso de colisão com outro direito fundamental e quando resultar em um dano efetivo ou bastante provável, segundo o que a Suprema Corte Americana chama de critério do *clear and present danger* (SILVA, 2012, p. 47-48).

Isto porque, ninguém pode ser punido pelo que é ou mesmo pelo que pensa, e também não afigura-se possível e nem razoável que se puna a manifestação de uma ideia ou ideologia em abstrato, sob pena de que se utilize do aparelho estatal e de seu monopólio da violência para censurar ideias, opiniões e convicções, o que seria totalmente contrário aos princípios republicanos que regem o Estado Democrático de Direito (SILVA, 2012, p. 48).

Em sentido diverso da jurisprudência norte-americana, que proíbe manifestações do pensamento somente quando comprovado perigo concreto de gerar condutas ilícitas, o sistema jurídico alemão e o francês criminalizam a expressão de ideias de forma abstrata, nos casos de manifestação de ideias racistas ou xenófobas, por entender que, apesar de elas não levarem necessariamente ao cometimento de uma ação ilegal, podem levar a preparação ou predisposição para que se consume o fato tido como crime (MEYER-PFLUG, 2009, p. 99).

Assim, em razão das previsões constitucionais de vedação ao preconceito, ao racismo e à outras práticas discriminatórias, percebe-se que o sistema jurídico brasileiro, aproxima-se do sistema alemão, proibindo pontuais manifestações de forma abstrata, e tão somente as que detém fundamento constitucional.

Logo, o artigo 20 da lei 7.716/89 (BRASIL, 1989), que prevê os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, estipula limitação abstrata de caráter penal à liberdade de manifestação do pensamento ao prever que, a prática de induzimento ou incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor etnia, religião ou procedência nacional constitui-se como prática delituosa e portanto passível de persecução criminal e de aplicação de pena privativa de liberdade de reclusão de um a três anos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969, s.p.), da qual o Brasil é signatário, fundamenta esta previsão, ao dispor em seu art 13-5 que: “A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

Entretanto, em que pese a boa vontade legislativa ao prever tal delito, faz-se necessário ressaltar que qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais deverá ser punida, isto porque toda discriminação é igualmente odiosa e condenável segundo o previsto no artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais”, (BRASIL, 1988).

Esse raciocínio advém de problema na tradução da referida convenção para o português, pois segundo Silva (2012, p. 80):

Na tradução feita para o português, a proteção conferida pela Convenção restou diminuída, pois foi retirada a referência a ‘contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo’ (contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas, por nenhum motivo), dando a entender que só a incitação ao ódio nacional, racial ou religioso deve ser proibida. Mas, como as redações em

língua espanhola e inglesa vedam a incitação À prática de qualquer ação ilegal semelhante à violência, contra qualquer grupo de pessoas, por qualquer motivo, 'inclusive los de raza, color, religión, idioma u origem nacional' (inclusive por motivo de raça, cor, religião idioma ou origem nacional), estas características são apenas exemplificativas, não esgotam o âmbito da proteção legal.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso Siegfried Ellwanger (BRASIL, 2004), em que o livreiro e escritor, através da divulgação e comércio de livros, fazia apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, firmou o entendimento de que a prática de manifestações que se configurem como ilícitos penais devem ser restringidas, ou seja, firmando mais uma hipótese de limitação à liberdade de expressão:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) 13. **Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal.** 14. **As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.** (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524) (grifo nosso)

Portanto, o racismo, por expressa previsão constitucional implica em responsabilização criminal e civil, não estando abarcado na cláusula constitucional de liberdade de manifestação do pensamento.

Além das hipóteses de regulação do exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão, previstos no artigo 220 da Constituição Federal, o texto constitucional prevê outros limites constitucionais explícitos, previstos no artigo 5º, incisos IV, V, X, XII, XLI (BRASIL, 1988).

A primeira limitação constitucional, constante no inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal é a vedação ao anonimato, já tratada anteriormente neste trabalho. A segunda limitação é a de que a manifestação do pensamento não produza dano material, moral ou à imagem, sendo que nesses casos, o próprio texto

constitucional faz referência ao direito de indenização ao ofendido (artigo 5º, inciso V, CF). Entretanto, importante ressaltar que o dano causado à terceiro não pode advir de exercício legítimo da liberdade de manifestação do pensamento, ainda que as ideias, opiniões ou convicções veiculadas, sejam ao terceiro estranhas, imorais e absurdas.

A Constituição admite também a possibilidade de restrição da manifestação do pensamento para a proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como para garantir a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, uma vez que estas são garantias tidas como invioláveis por terceiros, segundo previsão constitucional (artigo 5º, incisos X e XII, CF).

Por conseguinte, para que efetivamente haja responsabilização civil faz-se necessário que a manifestação do pensamento ofenda pessoalmente a vítima, ou mesmo lhe atinja a reputação, sendo que críticas à ideologias, posicionamento e interpretações estão compreendidas na garantia bem como as opiniões negativas direcionadas a grupos de pessoas não pessoalmente identificadas.

Neste sentido, Mendes e Branco (2014, p. 264) esclarecem que não são somente notícias agradáveis à pessoa objeto da notícia que são lícitas, sendo que: “A informação sobre o personagem de um evento pode-lhe ser ofensiva e não haverá ilicitude, desde que os termos empregados sejam condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público.”

Sendo assim, a proteção constitucional à honra, ao sigilo da correspondência e das comunicações legitimam a existência de tipificação de crimes contra a honra (arts. 138 a 145 do Código Penal); crimes contra a inviolabilidade da correspondência (art. 151 do Código Penal e art. 40 da Lei n. 6.538/78); crimes contra a inviolabilidade dos segredos (art. 153 do Código Penal); crime de interceptação telefônica não autorizada judicialmente (art. 10 da Lei nº 9.296/96), entre outros.

Portanto, manifestações do pensamento que violem direitos da personalidade como a imagem, a intimidade, a vida privada, a honra das pessoas, ou mesmo suas inviolabilidades de comunicação, podem ser tidas como crime, a depender do caso concreto e da subsunção do ato praticado à tipificação penal em abstrato, bem como estão sujeitas à responsabilização civil, desde que atinjam a honra objetiva ou subjetiva de terceiro, ou mesmo o causem dano moral ou material e não estejam condizentes com o interesse público de crítica e de formação de opinião.

Ainda, à imprensa, quando no exercício da sua liberdade é imprescindível a observância da verdade ou ao menos de uma provável verdade em suas manifestações e nas comunicações por ela veiculada, uma vez que, segundo Mendes e Branco (2014, p. 264): “o requisito da verdade deve ser compreendido como exigência de que a narrativa do que se apresenta como verdade fatural seja a conclusão de um atento processo de busca de reconstrução da realidade. Traduz-se, pois, num dever de cautela imposto ao comunicador.”

A doutrina estabelece também como limite à manifestação do pensamento o direito à segurança, arrolado como direito fundamental no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A respeito desta limitação, Silva (2012, p. 52) a define como sendo uma situação de tranquilidade e de paz, na qual todos bens jurídicos relevantes, e em especial os direitos fundamentais de primeira geração são respeitados.

O Estado, tem o dever de assegurar a segurança aos indivíduos, oportunizando a estes o desenvolvimento e suas capacidades físicas e intelectuais e a convivência em sociedade, livre de ameaças e embaraços aos seus direitos fundamentais e aos bens jurídicos à que a lei penal reputa importância e proteção.

Corroborando este entendimento, Mendes e Branco, (2014, p. 257) lecionam que a liberdade de expressão, em termos gerais, não abrange a violência, sendo que: “toda manifestação de opinião tende a exercer algum impacto sobre a audiência – esse impacto, porém, há de ser espiritual, não abrangendo a coação física.”

Mas e quando a manifestação do pensamento visa justamente debater quais bens jurídicos são relevantes de proteção penal, e conseqüentemente de formulação de políticas públicas de segurança pública? O que fazer?

A esse respeito, os debates presentes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187 proporcionam à ciência jurídica profunda reflexão. Entretanto, faz-se importante a apresentação de um breve estudo acerca do controle de constitucionalidade, bem como acerca da espécie de ação constitucional utilizada para provocar a mais alta corte do país a manifestar-se acerca da liberdade de manifestação do pensamento descriminalizante, bem como para identificar seus reflexos e possibilidades jurídicas supervenientes.

2 OS MECANISMOS DE CONTROLE JUDICIAL E SOCIAL: APORIAS

Com o surgimento do constitucionalismo, surge, paralelamente, o princípio da supremacia da constituição, inerente ao constitucionalismo e que prevê que o texto constitucional, ao representar as normas diretoras do sistema jurídico do país, desde a organização estrutural do Estado aos direitos tidos como fundamentais, está no topo da hierarquia das normas, o que enseja, a necessária obediência das normas hierarquicamente inferiores ao que a Constituição dispõe. Ante esta necessária obediência, é no texto fundamental em que se encontram a forma de elaboração das normas e os seus limites materiais.

Desta maneira, a ideia de supremacia da constituição resta intimamente ligada ao princípio da rigidez constitucional que determina às normas constitucionais maior grau de dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas compreendidas no ordenamento. Isto porque, caso o processo de alteração das normas constitucionais seja equiparado ao de uma lei comum, não há que se falar em supremacia e rigidez constitucional, princípios estes contidos no sistema constitucional brasileiro.

Portanto, o princípio da supremacia constitucional é pressuposto da existência do controle de constitucionalidade, que é a verificação da compatibilidade e coerência normativa entre o disposto nas leis (em sentido amplo) e o texto constitucional, tanto no que se refere aos procedimentos para sua elaboração (requisitos formais), que uma vez desrespeitados ensejam a inconstitucionalidade formal, quanto no que à observância da compatibilidade do texto legal com as previsões constitucionais (requisito material), que uma vez desrespeitas, implicam em inconstitucionalidade material.

Como finalidade precípua do controle de constitucionalidade, está a proteção dos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos, revestidos de forma constitucional estão em perfeita harmonia com o sistema constitucional e adequados à dignidade da pessoa humana, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que proporciona a promoção do bem-estar social.

A esse respeito, Ieciona Moraes (2012, p. 734):

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma

parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Frente à importância dos direitos fundamentais, protegidos pela supremacia constitucional, o controle de constitucionalidade surge para assegurar o respeito e proteção à norma fundamental do Estado, principalmente em razão da sua finalidade de garantir a estabilidade social e política, sem a qual não há bem-estar social, justiça social e democracia.

Para melhor compreensão de como o controle de constitucionalidade atua na preciosa missão de garantia dos direitos fundamentais, importante iniciar este estudo através da diferenciação entre os sistemas de controle de constitucionalidade.

2.1 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DIFUSO, ABSTRATO E MISTO

Ante as diversas classificações possíveis acerca do controle de constitucionalidade, faz-se necessário brevíssimo relato, uma vez que nem todas as modalidades são pertinentes para os fins a que esse trabalho se propõe.

Quanto ao órgão que realiza o controle, a doutrina subdivide o controle de constitucionalidade em: político, jurisdicional ou misto. O controle de constitucionalidade político é aquele exercido por órgão político não jurisdicional. A exemplo desta modalidade de controle de constitucionalidade, temos no Brasil, as Comissões de Constituição e Justiça, que atuam nas casas legislativas onde verificam a compatibilidade das normas em processo de elaboração com o texto constitucional, bem como o veto jurídico oposto pelo Poder Executivo. Quando a questão da constitucionalidade é submetida ao crivo judicial fala-se em controle de constitucionalidade jurisdicional. O sistema misto assegura a realização do controle de constitucionalidade tanto político quanto jurisdicional.

Quanto aos modos pelo qual o controle de constitucionalidade é realizado, ou seja, a via de ação, ele pode ser incidental ou principal. O controle de constitucionalidade incidental é aquele onde a questão da constitucionalidade de uma norma é suscitada no contexto de um processo judicial, restando então ao julgador da causa a aferição de constitucionalidade. Vale ressaltar que nestes casos a questão de constitucionalidade não é o objeto principal, a finalidade da ação, mas também somente meio jurídico pelo qual pode o autor obter àquilo que deseja. O controle de

constitucionalidade principal é aquela onde a questão da constitucionalidade da norma em tese é o objeto primário da ação, ou seja, o pedido principal, não para ver direito próprio assegurado mas sim para resguardar a harmonia do ordenamento jurídico (BARROSO, 2007, p. 49).

Quanto ao momento do controle de constitucionalidade, ele pode ser: preventivo ou repressivo. O controle de constitucionalidade preventivo é aquele que ocorre antes da entrada em vigor do ato normativo. Como exemplo desta forma de controle de constitucionalidade, atuam as já citadas Comissões de Constituição e Justiça fiscalizando a conformidade dos projetos de lei em trâmite com o texto constitucional, o exercício do veto jurídico pelo chefe do Poder Executivo ou mesmo através do manejo de mandado de segurança impetrado por parlamentar com o objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional que atente às cláusulas pétreas previstas no artigo 60, §4º da Constituição Federal (1988), este último admitido pela jurisprudência e doutrina. O controle repressivo é aquele que ocorre após a promulgação da norma ou do início da sua vigência. Para seu exercício adotam-se medidas judiciais previstas na Constituição e em legislação especial (BARROSO, 2007, p. 45).

Portanto, em regra, o modelo judicial é repressivo, porque só se admite, em regra, a instauração de processo de controle após a promulgação da norma ou do início de sua vigência.

Quanto aos modelos jurisdicionais, a doutrina constitucional subdivide o controle de constitucionalidade em três modelos: o controle concentrado, o controle difuso e o controle misto.

O controle de constitucionalidade difuso é a modalidade de controle de constitucionalidade por meio da qual é permitido a todo órgão judiciário, desde o juiz de direito ao Supremo Tribunal Federal, uma vez provocados, aferir a inconstitucionalidade de uma norma, ou seja, a incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional e o texto constitucional no caso concreto, como questão incidental, sendo que aos órgãos judiciários resta o poder e o dever de recusar aplicação às normas que se encontrem nesta condição de não conformação com os preceitos constitucionais (MENDES; BRANCO, 2014, p. 997).

Vale ressaltar que qualquer que tenha sido o órgão judicial que prolatou decisão no exercício do controle difuso, os efeitos da decisão só alcançarão, em regra, as partes do processo, não produzindo coisa julgada e efeito vinculante em relação à

terceiros que se encontrem em similar situação jurídica, produzindo, em regra, efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos.

Entretanto, se a decisão em sede de controle difuso for proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal (1988), é possível a ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade através da suspensão da execução, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional, competindo ao Senado Federal, privativamente, esta ampliação, sendo que, neste caso, os efeitos da decisão não terão efeitos retroativos, surtindo efeitos a partir da publicação da resolução do Senado (MORAES, 2012, p. 752).

É possível ainda, que, reputando necessidade de ampliar os efeitos da decisão e estando diante de reiteração de decisões em matéria constitucional, o próprio Supremo Tribunal Federal estenda os efeitos da decisão proferida no exercício do controle e incidental, através da elaboração de Súmula Vinculante, atendidos os requisitos previstos no artigo 103-A da Constituição Federal e na legislação especial, restando aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo a obrigatoriedade de obediência ao entendimento consolidado pela Suprema Corte.

Este modelo de controle de constitucionalidade é também chamado de sistema americano, em razão de ter surgido nos Estados Unidos a partir do caso *Marbury v. Madison* em 1803, quando a Suprema Corte Americana firmou o entendimento de que o Poder Judiciário, quando na análise de casos concretos, pode deixar de aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, ou seja, incompatível com os preceitos estabelecidos na Constituição americana (PAULO; ALEXANDRINO, 2007, p. 18).

O sistema concentrado de controle de constitucionalidade, também conhecido como sistema austríaco, é aquele por meio do qual o controle de constitucionalidade é exercido por meio de um único órgão ou mesmo por um número restrito de órgãos, criados para exercer principalmente esta função de jurisdição constitucional, sendo que a função precípua deste modelo de controle de constitucionalidade não visa, a solução de casos concretos, mas sim a anulação abstrata de leis incompatíveis com os preceitos constitucionais (BARROSO, 2007, p. 47).

Por se tratar de exercício de função constitucional que não essencialmente a solução de lides jurídicas e a resolução de casos concretos submetidos ao órgão competente para o controle de constitucionalidade concentrado, este modelo configura-se essencialmente como exercício atípico de jurisdição, sendo o processo

objetivo, sem partes, uma vez que não tutela direitos subjetivos e situações jurídicas individuais (BARROSO, 2007, p. 134).

Portanto, em regra, as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*, ou seja, atinge todos os indivíduos que se encontrem em situações abrangidas pela lei ou ato normativo impugnado. A decisão no controle concentrado que constata inconstitucionalidade, possui ainda, em regra, efeito retroativo (*ex tunc*) de modo que ao invalidar a norma impugnada desde o início de sua vigência, todos os atos praticados na sua vigência e com fundamento na mesma serão nulos.

Entretanto, visando garantir a segurança jurídica das relações sociais, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011), ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade n. 3.462/PA, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, firmou o entendimento, de que: “o sistema pátrio comporta a modulação de efeitos, sem que isso signifique violação ao texto constitucional”.

Neste sentido, tanto a declaração de efeitos retroativos quanto a concessão de efeito repristinatório, que é a declaração de invalidade dos atos praticados na vigência da norma impugnada, podem sofrer modulação pelo Supremo Tribunal Federal, que deverá, através da ponderação e o exercício do juízo de razoabilidade e proporcionalidade, resolver a questão assegurando a segurança jurídica sem prejuízo dos direitos fundamentais.

Salienta-se que a decisão de mérito no controle concentrado possui efeito vinculante, o que significa dizer que os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública direta e indireta, nas três esferas de governo, estão obrigadas ao cumprimento da decisão proferida.

Ainda, em alguns países os membros dos órgãos competentes para a realização do controle concentrado são eleitos e detentores de mandato, ou seja, membros durante um período certo, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde os membros destes órgãos são de livre nomeação e gozam da vitaliciedade, nos termos garantidos pelo texto constitucional, sendo que os magistrados da suprema corte brasileira são aposentados compulsoriamente aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, conforme o que dispõe a Emenda Constitucional n. 88 de 2015 (BRASIL). Vale a menção de que tanto o mandato certo quanto o atributo da vitaliciedade visam proteger a independência da corte constitucional e de seus magistrados, e desta

maneira asseguram a separação e harmonia entre os poderes da república (MENDES; BRANCO, 2014, p. 943).

Neste sentido, uma das principais diferenciações entre ambos os modelos de controle de constitucionalidade reside nos efeitos. Enquanto o controle de constitucionalidade difuso produz, em regra, efeitos somente entre as partes envolvidas no caso concreto, o controle de constitucionalidade concentrado produz efeitos, em regra, *erga omnes*, ou seja, para todos.

O modelo misto de controle de constitucionalidade congrega o modelo difuso e concentrado, reconhecendo a vigência de ambos os modelos harmonicamente no sistema constitucional, ou seja assegurando tanto o exercício do poder-dever de afastar a aplicação da lei inconstitucional por qualquer órgão judiciário quanto a competência de órgão criado especialmente para o exercício desta atribuição. No Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal o exercício do controle abstrato de leis supostamente inconstitucionais através das ações diretas, previstas no artigo 102, inciso I, alínea “a” e § 1º do texto constitucional. Neste sentido, os exemplos mais proeminentes do modelo misto são o modelo português e o brasileiro (MENDES; BRANCO, 2014, p. 944).

As ações constitucionais de controle concentrado de constitucionalidade previstas no ordenamento jurídico em face da Constituição Federal são: Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão– ADInPO; Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. Há ainda a Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva, ação esta de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e que visa precipuamente a fiscalização do processo de intervenção federal.

Todavia, visando maior objetividade na construção deste trabalho, importante o estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma das espécies de ação de controle concentrado de constitucionalidade.

2.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma espécie de ação constitucional que visa garantir, através da instrumentalização de um processo de competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a observância às

regras e princípios constitucionais considerados fundamentais, de modo a evitar ou reparar lesões a estes perpetradas por ato do Poder Público. Caberá ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição.

A arguição constitucional surgiu com a previsão do § 1º do artigo 102 da Constituição Federal (1988), norma esta de eficácia limitada, regulamentada pela Lei 9.882 de 1999, que previu três hipóteses de cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental: I) arguição preventiva, prevista no artigo 1º, *caput*, da Lei n. 9.882/99; II) arguição repressiva, prevista no artigo 1º, *caput*, da Lei n. 9.882/99; e III) arguição por equiparação, prevista no artigo 1º, parágrafo único, inciso I da Lei n. 9.882/99.

Importante verificar que nem a Constituição Federal e nem a lei 9.882/99 que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental apresentaram um conceito de “preceito fundamental”, restando, portanto, à doutrina e a jurisprudência, a missão de construí-lo.

Os preceitos fundamentais são normas constitucionais que, uma vez violadas, fraturam o sistema jurídico, causando desarmonia constitucional e, de maneira reflexa, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, nem toda norma constitucional é preceito fundamental, o que pode ser verificado com a concepção de que a Constituição brasileira possui normas formalmente constitucionais, como o § 2º do artigo 242 que estabelece que o Colégio Pedro II será mantido pela união federal. Empreendendo a difícil missão de delimitar em abstrato o conjunto de normas e princípios abrigados pelo conceito de preceito fundamental, Barroso (2007, p. 250) leciona:

Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, e haja dificuldade em delimitar em abstrato o seu conteúdo, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (artigos 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que incluiria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (artigos 5º e s.). Aqui se travará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (artigo

34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal.

Não se trata de um catálogo exaustivo, como natural, mas de parâmetros a serem testados à vista das situações da vida real e das arguições que serão apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar que a delimitação acima exposta não é exaustiva, sendo que, por se tratar de um instituto novo no direito constitucional brasileiro, a jurisprudência e a experiência constitucional brasileira, testará estes parâmetros, construindo uma delimitação e alcance da expressão “preceito fundamental” mais sólida.

É importante observar que a criação de um instrumento processual próprio para a proteção dos preceitos tidos como fundamentais, por si só, já os valoriza, tornando-os ainda mais fundamentais e preciosos à sociedade brasileira.

Sabe-se que para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental é necessário que não haja qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade, conforme o disposto no artigo 4º, § 1º da Lei n. 9.882/99 (BRASIL, 1999). Inspirado na legislação constitucional alienígena, o pressuposto do princípio da subsidiariedade se faz necessário para que não se banalize o uso desta ação revestida de tanta importância para o sistema constitucional brasileiro e para a proteção e eficácia dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, cabendo outra ação do controle concentrado, como por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade, que tem seu cabimento previsto no artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal, não será cabível também a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Entretanto, não se deve interpretar a disposição legal em sentido que dê à arguição um papel marginal, uma vez que a demora no esgotamento das vias ordinárias, submetidas ao controle difuso, compromete, naturalmente, a eficácia temporal da proteção dos preceitos fundamentais, ante à possibilidade de demora para que seja prolatada decisão que encerre a situação de incerteza decorrente dos atos perpetrados pelo Poder Público. Neste sentido, o princípio da subsidiariedade deve ser interpretado de maneira construtiva, levando em consideração a finalidade para a qual a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi assegurada pelo texto constitucional.

Outrossim, em que pese a possibilidade de propor ações ou apresentar recursos de decisões desfavoráveis (controle difuso) com objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, em razão da situação

de insegurança jurídica, afigura-se plenamente razoável a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que, por ser dotada de caráter vinculante, mostra-se mais apta à produção de uma interpretação constitucional uniforme, segura e igualitária, desde que tenha havido o esgotamento dos mecanismos processuais previstos no ordenamento jurídico capazes de fazer cessar a lesividade ou reparar a lesão resultante dos atos questionados (BARROSO, 2007, p. 254).

Portanto, verifica-se que a possibilidade da utilização de outros meios processuais não pode, por si só, ensejar a aplicação do princípio da subsidiariedade de modo a restringir o acesso ao Supremo Tribunal Federal por esta via. Isto porque, para resguardar a finalidade e a efetividade do texto constitucional, este instrumento processual pode vir a ser utilizado, ainda que haja a possibilidade do uso de outros processos objetivos de controle concentrado, quando mostrar-se mais eficaz para afastar a situação de lesividade no caso concreto, como entendeu o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, s.p.), ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 17, relatada pelo Ministro Celso de Mello e julgada no dia 20 de setembro de 2001, sendo publicada no Diário Oficial da Justiça no dia 28 de setembro de 2001.

Nos termos do artigo 2º, inciso I da Lei 9.882/99, são legitimados para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental os mesmos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, àqueles previstos no rol taxativo do artigo 103 do texto constitucional.

Portanto, são legitimados ativos para a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia (sic) Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional e IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Importante asseverar que quando no exercício da legitimidade ativa para a propositura da arguição, os legitimados especiais dos incisos IV, V e IX devem demonstrar pertinência temática, pressuposto para o exercício do direito de ação. Os legitimados universais dos outros incisos do artigo 103 não necessitam da demonstração de pertinência temática para exercer seu direito de ação.

A pertinência temática é o interesse de agir do legitimado na propositura da ação constitucional. Tanto as mesas das Assembleias Legislativas dos Estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal quanto o Governador de Estado devem demonstrar, para o conhecimento da arguição, vínculo objetivo entre a norma ou ato impugnado e a competência da casa legislativa ou do Estado o qual representam. Ainda, na qualidade de chefe de governo estadual, a pertinência temática do Governador pode residir em interesse jurídico do Estado ao qual representa (BARROSO, 2007, p. 144).

No mesmo sentido, para a demonstração da pertinência temática de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional é imprescindível que haja uma relação lógica entre a questão fundamental sob a qual paira incerteza jurídica e os objetivos sociais da entidade requerente.

O artigo 1º da Lei 9.882/99 estabelece que a arguição de descumprimento de preceito fundamental terá como objeto: I) ato do Poder Público e II) lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os pré-constitucionais.

A interpretação de “atos do Poder Público” deve ser ampla, compreendendo atos praticados por agentes privados no exercício de função pública, tal como o que rege o §1º do artigo 1º da lei 12.016/09, que regulamenta o Mandado de Segurança, que equipara à autoridade, para os efeitos da mesma, os dirigentes de pessoas jurídicas ou pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que concerne à este exercício. No mesmo sentido, os atos praticados por pessoas jurídicas privadas ou pessoas naturais no exercício de função eminentemente pública são passíveis de arguição de descumprimento de preceito fundamental, desde que lesionem preceito fundamental (BARROSO, 2007, p. 263).

Entretanto, importante ressaltar que não é possível, por via de ADPF, que o Supremo Tribunal Federal, manifeste-se acerca de questões atinentes à processo legislativo em andamento, sob pena de ferir a separação dos poderes da república.

Quanto à locução ampla “atos normativos”, Barroso (2007, p. 264) esclarece que a lei refere-a todos: “os atos estatais dotados dos atributos da generalidade, abstração e obrigatoriedade, destinados a reger a vida social.” Portanto, ante o princípio da subsidiariedade, caso haja a impossibilidade de provocar o controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos secundários ou infralegais por outros meios jurídicos, é possível, em tese, o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental para o suprimento desta lacuna, desde que

esteja presente, no ato normativo editado, conteúdo que repercuta de maneira geral e abstrata na vida social.

A respeito do cabimento envolvendo controvérsia constitucional acerca da aplicação de lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, faz-se importante observar que, por se tratar de objeto de cabimento de ação direta de inconstitucionalidade ou, a depender do caso, ação declaratória de constitucionalidade, a lei ou ato normativo federal ou estadual somente serão objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando editadas antes da Constituição, em razão da aplicação do princípio da subsidiariedade. Por conseguinte, uma vez que com o novo texto constitucional o parâmetro do controle de constitucionalidade mudou, não há que se falar em inconstitucionalidade ou constitucionalidade das normas pré-constitucionais, mas sim recepção ou não recepção.

Vale a menção de que a lei ou ato normativo municipal, que até a edição da Lei 9.882/99 só era passível de controle difuso de constitucionalidade, ao menos em relação à Constituição Federal, resta hoje sujeita à controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que figura como hipótese de cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando envolver ameaça ou lesão a preceito fundamental ou houver, sobre sua aplicação, controvérsia constitucional relevante (BARROSO, 2007, p. 264).

A expressão “atos do Poder Público” compreende, ainda, os atos jurisdicionais, que via de regra, devem ser impugnados mediante os recursos cabíveis, sendo que, para que seja adequada a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental, deverão ser esgotadas todas as vias processuais ordinárias possíveis, para que reste superado o princípio da subsidiariedade.

Entretanto, pela dificuldade existente para a apreciação de Recurso Extraordinário, em razão da previsão constitucional de imprescindibilidade do reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional controversa para a provocação do exercício do controle difuso de constitucionalidade pela Suprema Corte brasileira, previsto no § 3º do artigo 102 da Constituição Federal, mostra-se razoável que, adotando uma interpretação ampla da expressão supracitada, seja cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando a decisão judicial ameaça ou efetivamente lesiona preceito fundamental de maneira grave e manifesta, não havendo outro meio eficaz de sanar a situação de lesividade.

Neste sentido, Barroso (2007, p. 250) leciona:

[...] em casos gravíssimos de erro *in procedendo e in judicando*, com ameaça de lesão a preceito fundamental e havendo relevância na controvérsia constitucional, não sendo possível produzir o resultado constitucionalmente adequado pelos mecanismos do processo subjetivo, será possível cogitar do cabimento de ADPF.

Portanto, em casos de flagrante inconstitucionalidade, resultante de ato judicial que interpreta diretamente o preceito fundamental, ou mesmo de decisão judicial que, prescindindo de fundamento legal, mostra-se contrária à ordem constitucional, é possível o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, desde que os meios judiciais sujeitos ao controle difuso de constitucionalidade não se mostrem aptos à fazer cessar a situação de lesividade à preceito fundamental (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1153-1155).

Ainda, é possível que o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental seja a omissão legislativa parcial, uma vez que a mesma, configurada como uma conduta positiva do Poder Público, pode causar ameaça ou efetiva lesão à preceito fundamental em razão de sua incompletude.

Denunciando as deficiências existentes nos mecanismos processuais existentes para suprimir a omissão inconstitucional (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção) Barroso (2007, p. 271) estabelece que:

[...] subsistem dificuldades sistêmicas, portanto, no enfrentamento da omissão inconstitucional, seja a total, seja a parcial ou relativa. A deficiência funcional dos dois mecanismos existentes, tal como desenvolvidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal, permite afirmar não serem eles meios eficazes de sanar a lesividade a preceito fundamental decorrente da inércia do legislador. Como consequência natural da aplicação do § 1º do artigo 4º da Lei n. 9882/99, é possível afirmar, então, o cabimento da ADPF.

Portanto, apresentadas os possíveis objetos de arguição de descumprimento de preceito fundamental, consolidados na doutrina, passa-se ao estudo de seu procedimento.

Segundo o artigo 3º da Lei 9.882/99 (BRASIL, s.p.), a petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental deverá conter: I) a indicação do preceito fundamental que se considera violado; II) a indicação do ato questionado; III) a prova da violação do preceito fundamental; IV) o pedido, com suas especificações; e V) se

for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Em sendo o caso, a petição inicial, deve ainda estar acompanhada de instrumento de mandato e será apresentada em duas vias, contendo cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação de modo a superar o princípio da subsidiariedade.

Nos termos do artigo 4º da Lei 9.882/99 (BRASIL, s.p.), após a distribuição, o relator deverá verificar se a petição inicial contém os requisitos próprios da petição inicial, bem como os requisitos específicos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo que, se a mesma for inepta ou faltar algum dos requisitos prescritos na Lei 9.882/99, o relator indeferirá liminarmente a petição inicial. O indeferimento da petição inicial possibilita a interposição do recurso de agravo, no prazo de cinco dias.

A lei 9.882/99 (BRASIL, s.p.) prevê a possibilidade de pedido de liminar, que, em regra, será julgado pelo plenário do Tribunal, sendo concedido por decisão da maioria absoluta de seus membros. Entretanto, em caso de extrema urgência, perigo de lesão grave, ou ainda, caso o Supremo Tribunal Federal esteja em recesso forense, poderá o relator conceder a medida liminar, nos termos do artigo 5º e seus parágrafos.

A referida lei prevê ainda, que, havendo o pedido de liminar, ao relator é facultativo proceder à oitiva dos órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato impugnado, do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias

Não havendo pedido de medida liminar ou mesmo caso esta seja superada pelo procedimento citado no parágrafo anterior, o relator solicitará informações às autoridades responsáveis pelo ato impugnado para que prestem esclarecimentos não só em relação aos fatos que ensejaram a propositura da medida liminar, mas também em relação aos fatos que ensejam a propositura da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou seja, seu mérito. As autoridades responsáveis pelo ato questionado gozarão do prazo de dez dias para prestá-las, conforme o previsto no artigo 6º, *caput*, da Lei 9.882/99 (BRASIL, s.p.).

A Lei prevê ainda, nos parágrafos de seu artigo 6º (BRASIL, s.p.), que, caso julgue necessário e relevante para o julgamento da ação, o relator poderá determinar a realização de atos que visem a instrução processual. Estes atos consistem em: ouvir as partes nos processos que ensejaram a propositura da arguição; requisitar

informações adicionais; designar perícia para que emita parecer sobre a questão; ou fixar data para que sejam realizadas, em audiência pública, declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria; autorizar a sustentação oral e juntada de memoriais por requerimento dos interessados no processo.

Admite-se, na arguição de descumprimento de preceito fundamental, tal como na ação direta de inconstitucionalidade, a figura do *amicus curiae*, em razão da aplicação subsidiária da Lei 9.868/99 (BRASIL, s.p.) no procedimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, lei esta que em seu artigo 7º, § 2º prevê que o relator, considerando a relevância da matéria poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades a fim de garantir maior debate e participação de entidades de representação popular no controle concentrado de constitucionalidade. Este objetivo de garantia do debate democrático na arguição de descumprimento de preceito fundamental é representado também pelo artigo 6º da Lei 9.882/99 que prevê a possibilidade de realização de audiências públicas, onde pessoas com experiência e autoridade na matéria farão suas declarações acerca do tema objeto da arguição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 1152).

A intervenção do Procurador-Geral da República só é obrigatória após a prestação das informações, nas arguições que não forem por ele formuladas, nos termos do parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.882/99.

Prestadas as informações e realizados os atos processuais determinados pelo relator, este lançará o relatório, com cópia para todos os ministros, quando então será marcada data para a audiência.

A sessão de julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental requer um quórum mínimo de instalação de dois terços dos Ministros, sendo que, se no julgamento da arguição o Supremo Tribunal Federal decidir pela declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o *quorum* para esta decisão é de maioria absoluta nos termos do artigo 97 da Constituição Federal (BRASIL, s.p.) para a decisão sobre o mérito da arguição é necessário que se obtenha maioria simples.

A respeito da decisão de mérito no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, Mendes e Branco (2014, p. 1172) esclarecem que:

Embora o texto seja silente, também aqui se há de aplicar a regra do art. 23 da Lei n. 9.868/99, segundo a qual a decisão de procedência ou improcedência haverá de ser tomada pela maioria absoluta dos membros do

Tribunal. Em reforço desse argumento milita a disposição contida na Lei n. 9.882/99, que exige seja a cautelar deferida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5º, *caput*). Não se pode adotar para a decisão definitiva critério menos rigoroso do que aquele fixado para a liminar.

Neste sentido, aplicando subsidiariamente a Lei 9.868/99, como sugere a doutrina, é importante observar que a decisão de procedência ou improcedência do pedido também deve ser tomada pela maioria absoluta dos membros do Tribunal, tal como o é na decisão que decide pelo deferimento da medida liminar.

Ainda, segundo o artigo 11 da Lei 9.882/99, quando no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o Supremo Tribunal Federal decidir pela declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a mesma poderá modular os efeitos, por maioria de dois terços de seus membros, atendendo à segurança jurídica ou excepcional interesse social, de modo a restringir os efeitos da declaração ou mesmo estabelecer que a mesma só produza efeitos a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Julgada a ação, o Presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, ainda que o acórdão seja lavrado em momento posterior, comunicando as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, e fixando as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em obediência ao artigo 10 da Lei 9.882/99.

Em atendimento ao mesmo dispositivo legal, deverá ainda, o Presidente, dentro do prazo de dez dias, contado a partir do trânsito em julgado da decisão, determinar que a parte dispositiva do acórdão seja publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

Vale ressaltar que a decisão proferida no julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental possui eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, sendo ela irrecurável, e não podendo ser objeto de ação rescisória. Ademais, para assegurar o cumprimento das decisões na arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei 9.882/99 (BRASIL, s.p.) prevê expressamente o cabimento da Reclamação constitucional em seu artigo 13, que será processado na forma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

2.3 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A interpretação conforme à Constituição é, além de técnica de interpretação constitucional, técnica de controle de constitucionalidade segundo a qual, diante de duas ou mais possíveis interpretações de uma lei ou ato normativo, o julgador dá preferência àquela que mostra-se mais compatível com o texto constitucional. Para a sua utilização, a norma deve conter polissemia ou plurisignificatividade, sendo que, entre as várias interpretações possíveis, uma delas seja compatível com a Constituição. Portanto, toda decisão que se vale desta técnica culmina no reconhecimento da constitucionalidade da norma, ainda que, afaste possíveis interpretações da lei incompatíveis com os preceitos constitucionais.

Neste sentido, a decisão que utiliza tal técnica pode declarar a inconstitucionalidade de uma interpretação, inclusive propondo uma que se coadune com a ordem constitucional, mas não declarar a inconstitucionalidade da norma em apreço. Isto porque esta técnica fundamenta-se no princípio da unidade constitucional, da supremacia da constituição e da presunção de constitucionalidade das leis, ou seja, visa, sem declarar a inconstitucionalidade da norma submetida ao controle, harmonizá-la ao sistema constitucional, afastando interpretações equivocadas e incompatíveis com as disposições constitucionais.

Entretanto, discute-se na doutrina os limites à utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. O primeiro limite à esta técnica é o respeito à literalidade do texto legal, bem como à finalidade almejada pelo legislador, sob pena de, no exercício da função jurisdicional, que o Supremo Tribunal Federal venha a ocasionar lesão à separação harmônica dos poderes da República.

Por conseguinte, este princípio hermenêutico não permite que os órgãos judiciários editem, de maneira reflexa, normas legais em substituição àquela elaborada pelos legisladores, sob pena de lesão à vontade popular e à democracia. É por essa razão que, apesar de possuírem um espaço em que possam interpretar a norma de modo a melhor adequá-la ao texto constitucional, os magistrados não podem interpretá-la de modo a construir um sentido que o preceito normativo não compreenda (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, s.p.).

Entretanto, importante ressaltar que, ainda que utilizada em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ao fixar a interpretação compatível com o texto constitucional, o Tribunal não reconhece a inconstitucionalidade de todas as demais interpretações possíveis.

A esse respeito, Tavares (2007, p. 255) leciona:

Na denominada interpretação conforme à Constituição, o Tribunal opera uma redução do âmbito possível de aplicação da norma. Há, portanto, como sublinha a doutrina, uma forte aproximação com a declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Contudo, nesta última, como visto, existe efetivamente uma parcela da norma que é inconstitucional e nula. No caso da interpretação conforme, a norma dá ensejo a uma interpretação que a tornaria nula e que por isso é afastada, para declara-se, ao final a constitucionalidade da mesma.

Neste sentido, faz-se importante observar que, tanto na interpretação conforme à Constituição quanto na declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a norma submetida ao controle de constitucionalidade continua válida. Entretanto, as técnicas são diferentes porque a interpretação conforme exclui interpretação que culmina em inconstitucionalidade, afastando a sua aplicação, enquanto a declaração parcial de nulidade sem redução de texto é o reconhecimento da ilegitimidade da aplicação de parte da norma no caso concreto em análise, ainda que seja legítima a aplicação do mesmo dispositivo em situações distintas.

Ainda, vale ressaltar que a interpretação conforme à Constituição, em sua feição de técnica de controle de constitucionalidade não vincula somente o Poder Judiciário à interpretar o texto constitucional nos termos estabelecidos em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Portanto, a administração pública, direta e indireta, restam obrigadas a observar o entendimento firmado no exercício desta técnica no controle abstrato de constitucionalidade, tanto no caso da decisão excluir uma ou mais interpretações da norma que culminem em inconstitucionalidade, quanto no caso do tribunal constitucional estabelecer a única interpretação em consonância com a ordem constitucional vigente (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, s.p.).

Por fim, conclui-se que o controle concentrado de constitucionalidade, assim como a técnica de interpretação conforme a Constituição, visam resguardar a supremacia e unidade constitucional, ou seja, a preponderância dos interesses emanados pelo texto constitucional e a harmonização entre os preceitos fundamentais e as normas infraconstitucionais.

Realizadas as necessárias considerações acerca destes institutos, passa-se agora ao estudo da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, ação que firmou precedente em relação ao direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante.

3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 187

Para a compreensão do que foi e o que representa o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 para o ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário uma breve explanação acerca do contexto fático e histórico que envolve o ajuizamento desta ação constitucional.

A Marcha da Maconha é um evento que ocorre anualmente em diversos países, inclusive no Brasil, desde o início do presente século. A principal pauta desta reunião anual consiste na criação de espaços de discussão onde indivíduos e instituições interessadas nas questões que envolvem as leis e políticas públicas sobre drogas possam dialogar, debater e articular-se. Através do uso do espaço público, este movimento social visa expressar-se, criticando o modelo vigente de repressão ao uso de drogas, em especial à maconha, bem como propondo, através do debate, alternativas às leis e políticas públicas vigentes acerca da questão, a fim de que as mesmas sejam elaboradas e aplicadas de maneiras mais transparente, justa e democrática (MARCHA, s.a., s.p.).

Ocorre que, a partir de 2008, houve a prolação de várias decisões judiciais proibindo a realização destas reuniões em várias cidades brasileiras¹. Em geral, as decisões assentaram-se no raciocínio de que como a comercialização e o uso da maconha são ilícitos penais, a defesa pública de sua legalização equivaleria a fazer apologia ao crime, de modo a estimular o consumo de entorpecentes.

Neste sentido, a realização da referida marcha culminaria, segundo as decisões, na prática em praça pública dos crimes constantes no artigo 286 e 287 do Código Penal brasileiro, incitação e apologia ao crime, respectivamente, bem como na prática de induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de droga, crime tipificado no artigo 33, § 2º da Lei 11.343/06, sendo que, ainda, de maneira reflexa, estas reuniões fortaleceriam o tráfico ilícito de entorpecentes. Por essa razão, diversas pessoas envolvidas na realização da marcha foram indiciadas pela prática destes crimes em razão das convocações feitas nos canais virtuais de comunicação.

¹ Vide Processo n. 2008.900.4158-7, Plantão Diurno da Comarca do Rio de Janeiro; Mandado de Segurança Criminal n. 1.0000.08.474471-3/000, TJ/MG, Desembargador Renato Martins Jacob - Relator em plantão; e Mandado de Segurança n. 990.09.103416-9, TJ/SP. 11ª Câmara Criminal. Desembargador Di Rissio Barbosa.

As medidas liminares concedidas para suspender a realização destas reuniões asseguravam ainda, o processamento criminal daqueles que não a obedecessem, de modo a que os manifestantes incorressem no crime de desobediência previsto no artigo 330 do Código Penal, caso realizassem a reunião.

Portanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, ajuizada pela Procuradora-Geral da República em exercício em 21 de julho de 2009, teve como pedido principal que fosse proferida decisão aplicando a técnica de interpretação conforme a Constituição ao artigo 287 do Decreto-Lei n. 2.848/40 (BRASIL), uma vez que diversas decisões judiciais, proferidas nas principais capitais brasileiras, estavam, supostamente, violando os preceitos fundamentais que asseguram a liberdade de expressão, como os incisos IV e IX do artigo 5º, e o artigo 220, ambos da Constituição Federal (1988), bem como o inciso XVI do artigo 5º da Lei Maior que prevê a liberdade de reunião.

Quanto à tramitação e o processamento da arguição, vale ressaltar que recebida a ação pelo Supremo Tribunal Federal em 23 de julho de 2009, procedeu-se à manifestação do Procurador-Geral da República, bem como à prestação de informações por parte da Presidência da República e do Advogado-Geral da União, a fim de instruir o processo. Realizadas as manifestações e prestadas as informações requeridas, entidades de classe de âmbito nacional requereram seu ingresso na ação na qualidade de *amicus curiae*, o que foi deferido pelo ministro relator, em razão da presença das condições que justificam a intervenção destas entidades, especialmente a representação de pessoas envolvidas na controvérsia constitucional.

O Presidente da República e o Advogado-Geral da União suscitaram questão preliminar de não conhecimento da arguição, fundados na suposta impossibilidade de utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição na ação constitucional em apreço, convencidos de que a interpretação proposta pela autora contraria o sentido que o legislador atribuiu à norma. No mérito, ambos requereram a improcedência da ação, fundados na premissa de que a configuração ou não do tipo penal em questão só pode ser realizada no caso concreto e não, *a priori*, em sede de controle abstrato de constitucionalidade (BRASIL, 2011, p. 7).

Os *amici curiae* admitidos na arguição foram a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Juntados os documentos e manifestações das referidas associações, os

autos foram conclusos para julgamento, determinando-se, em seguida, o agendamento de data para o julgamento.

A Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP, requereu a ampliação do conteúdo material do pedido formulado pela autora, pretendendo que a ação englobasse não só o afastamento da criminalização da defesa da descriminalização do uso da maconha ou de outros entorpecentes específicos, através do exercício da livre manifestação do pensamento e da liberdade de reunião. Pretendeu a entidade que no julgamento da arguição, a Suprema Corte brasileira se manifestasse também acerca da constitucionalidade da própria tipificação penal que criminaliza o uso e plantio da maconha e dos entorpecentes em geral.

Entretanto, constatou-se que o *amicus curiae* requerente da ampliação, procedeu de modo incompatível com a sua posição jurídica na relação processual estabelecida na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187. Isto porque, segundo o Ministro Relator Celso de Mello (BRASIL, 2011, p. 17):

embora sequer ostentando qualidade **para fazer instaurar** o processo de controle abstrato, **por ausência** de legitimação ativa (**CF**, art. 103, IX, **c/c** o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99), **inovou o objeto** da demanda, **como** se fora verdadeiro litisconsorte ativo (**e não terceiro interessado ou especial**), **dilatando-lhe**, tematicamente, **a esfera** de sua abrangência, **o que se revela processualmente inadmissível**, sob pena de romper-se a própria estabilidade da relação processual objetiva que se consolidou, no caso, **com a impugnação** ao pedido feita pelo ora arguido (grifo do autor).

Portanto, vale ressaltar que o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, estabelecido pela autora, não pretendeu realizar, no âmbito da Suprema Corte brasileira, a discussão que as manifestações reprimidas visavam, ou seja acerca das atuais leis e políticas públicas relacionadas ao uso e cultivo da maconha e dos outros entorpecentes. A discussão consiste na interpretação do artigo 287 do Código Penal à luz dos direitos fundamentais de liberdade de manifestação do pensamento, de expressão e de reunião.

Realizadas todos os procedimentos legais para a instrução da ação, seguiu-se ao julgamento da arguição. Após o denso voto elaborado pelo Relator Ministro Celso de Mello, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade de votos, pela rejeição das preliminares de não-conhecimento da arguição, apresentadas pelo Presidente da República e pelo Advogado-Geral da União bem como pela

improcedência do pedido de ampliação do objeto da demanda formulado pela Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP.

No mérito da ação constitucional, a corte julgou, também por unanimidade, procedente o pedido da autora, dando ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (BRASIL, 2011, p. 4).

Neste sentido, verifica-se, a que a parte dispositiva do referido acórdão vincula somente o exercício da manifestação do pensamento e do direito de reunião que pretenda a descriminalização de entorpecentes, o que sugere que manifestações do pensamento, reuniões, marchas e passeatas que pretendam a descriminalização de outras condutas não estão, em tese, protegidas por esta decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Entretanto, os próprios votos, discussões e debates que permeiam a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 apresentam fundamentos políticos e jurídicos que não restringem o direito a manifestar-se contrário à tipificação penal em relação à um ou outro crime. Por essa razão, faz-se necessária esta investigação a fim de identificar, através do estudo da presente arguição, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em relação à liberdade de manifestação do pensamento descriminalizante, bem como aos seus limites.

Para tanto, por uma questão metodológica, no presente capítulo proceder-se-á ao estudo dos principais fundamentos, apresentados no julgamento em análise, do direito de manifestar-se pela descriminalização de uma conduta, sejam eles procedentes da doutrina citada nos votos, sejam eles proferidos pelos próprios ministros, conforme o seu entendimento.

3.1 DIREITO DE REUNIÃO COMO INSTRUMENTO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 possui rico aprofundamento teórico acerca do direito de reunião. Entretanto, visando maior objetividade, furta-se, neste trabalho, de um maior aprofundamento acerca da tutela

desta liberdade pública, visando aqui, nesta oportunidade, tratar da referida garantia tão somente no que concerne ao seu caráter instrumental.

O direito de reunião é o instrumento por meio do qual a liberdade de manifestação do pensamento, e consequentemente o direito de protestar, é concretizado. Trata-se de prerrogativa fundamental dos cidadãos, por meio da qual estes exercem sua liberdade de expressão e ação coletiva, congregando-se com uma finalidade específica, em espaços públicos ou privados.

A Constituição (1988) assegura este direito fundamental em seu artigo 5º, inciso XVI, segundo o qual: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.”

Ante o disposto no texto constitucional, e considerando ser o Brasil um Estado democrático, não se afigura razoável que haja supressão do direito de reunião em desacordo com os preceitos e limites constitucionais que a asseguram. Isto porque, as liberdades públicas de reunião, manifestação do pensamento e o direito de petição, são garantias da autonomia individual e da participação popular nos processos decisórios do governo, inclusive o relativo ao processo de elaboração das leis.

Quanto à impossibilidade de suprimir este direito, o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2011, p. 81) interpretando a norma supracitada, preceitua que:

O Estado, por seus agentes e autoridades, não pode cercear nem limitar o exercício do direito de reunião, apoiando-se, para tanto, em fundamentos que revelam oposição governamental ao conteúdo político, doutrinário ou ideológico do movimento ou, ainda, invocando, para restringir a manifestação pública, **razões** fundadas **em mero juízo** de oportunidade, de conveniência ou de utilidade. (grifo do autor)

Portanto, o Estado, não pode de intervir em reuniões, marchas e passeatas, pacíficas, em que não há lesão ou perturbação de ordem pública, visando reprimi-las em razão destas manifestações coletivas terem como objetivo a crítica àqueles que governam, ou mesmo às leis e políticas públicas empreendidas ou mantidas por estes.

O pensamento é livre, podendo ser objeto de manifestação qualquer assunto e através de qualquer meio de comunicação. Portanto, para a garantia e resguardo do direito de reunião dos cidadãos, o objeto da manifestação coletiva não faz diferença alguma. É por essa razão que cabe às autoridades estatais garantir a realização de

todas as reuniões, independentemente de seu conteúdo, ainda que os temas ou propostas que fundamentam a reunião sejam contrários aos interesses das autoridades.

Ainda, vale ressaltar que a ameaça de lesão à direito fundamental não é suficiente para a proibição ou limitação do direito de reunião em razão de sua pujança e fundamentalidade para o exercício da livre manifestação do pensamento.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 reafirmou a premissa constitucional de que não pode ser estabelecida censura prévia à liberdade de manifestação do pensamento e consequentemente do direito de reunião, de modo que, os abusos cometidos no exercício de tais liberdades públicas deverão ser reprimidos nos termos da lei, através da responsabilização dos excessos. Reafirmou também o caráter de instrumentalidade da liberdade de reunião, ao dispor que o direito de reunião:

[...] **atua** em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão, **qualificando-se**, por isso mesmo, sob tal perspectiva, como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil, **mediante** exposição de idéias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações, **no processo** de tomada de decisões em curso nas instâncias do Governo (BRASIL, 2011, p. 74, grifo do autor).

Portanto, ao enfatizar a íntima relação entre o direito de reunião e à livre manifestação do pensamento, este julgado demonstra que a repressão à liberdade de reunir-se para discutir a reforma das leis penais, inclusive a sua descriminalização representa afronta ao direito de participar do processo democrático, em razão de cercear o direito de participação da sociedade na formação das decisões dos representantes do povo.

Ao Poder Público, cabe tão somente a adoção de medidas de proteção dos manifestantes e participantes da reunião, visando resguardar seu direito fundamental de reunir-se e manifestar coletivamente, protegendo-os de eventuais tentativas de desorganização ou oposição violenta exercida por pessoas que discordem dos temas, discussões ou ideias veiculadas pela reunião (BRASIL, 2011, p 81).

Ainda, o ministro Celso de Mello firma o entendimento de que:

O sentido de fundamentalidade de que se reveste essa liberdade pública **permite** afirmar **que as minorias também titularizam, sem** qualquer exclusão **ou** limitação, **o direito de reunião**, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas idéias, de seus pleitos **e** de suas reivindicações, **sendo**

completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, **quaisquer** resistências, por maiores que sejam, que a coletividade, **oponha**, às opiniões manifestadas pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares (BRASIL, 2011, p. 82).

Ante a normalidade constitucional vigente na República Federativa do Brasil, a realização de reuniões visando a descriminalização de uma conduta, sejam elas realizadas em espaço público ou privado, sejam elas empreendidas por grupos sociais majoritários ou minoritários, é legítima, pois, através de críticas, protestos ou reivindicações, exercidas através da reunião de pessoas, há a efetiva participação popular, o que, ao teor do acórdão em análise, configura legítimo exercício da cidadania.

Apesar da grande importância do direito de reunião como instrumento da livre manifestação do pensamento descriminalizante, o julgado reconhece que não há diferença na manifestação da ideia descriminalizante exercida através de reuniões pública ou da comunicação escrita ou virtual, citando inclusive a defesa pública da descriminalização do uso de drogas pelo ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, sendo que, quaisquer manifestações pela descriminalização de uma conduta, são legítimas, pois revestidas da garantia dos direitos de crítica, de petição e da liberdade de expressão.

3.2 DIREITO DE CRÍTICA COMO FUNDAMENTO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO DESCRIMINALIZANTE

À esta altura, vale ressaltar que diversos fundamentos da liberdade de manifestação do pensamento descriminalizante já foram apresentados no primeiro capítulo deste trabalho. Os princípios gerais que regem a tutela da liberdade de manifestação do pensamento também regem a manifestação que expressa-se favorável à descriminalização de uma conduta.

Entretanto, dentre estes fundamentos, o principal fundamento, elencado no bojo da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 como basilar da liberdade de manifestação do pensamento descriminalizante é a o direito de crítica e o conseqüentemente o direito de defesa da abolição penal.

O direito à liberdade de manifestação do pensamento compreende em seu núcleo os direitos de crítica, protesto, discordância, petição e de livre circulação de

ideias, opiniões e convicções, inclusive as pessoais, políticas, ideológicas e religiosas, independentemente dos sentimentos negativos que o pensamento exprimido possa provocar no seio social (BRASIL, 2011, p. 62).

O direito de crítica é o direito de manifestar discordância, especialmente em relação às políticas empreendidas pela Administração Pública, sejam elas políticas administrativas, legislativas ou mesmo judiciárias. Trata-se da manifestação de descontentamento com o modelo ou ações vigentes empreendidos pelos representantes do povo.

A importância do direito de crítica no Estado Democrático de Direito se dá em razão da possibilidade de propor alternativas às políticas vigentes. Isto porque, segundo o ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011, p. 144):

Não se pode formar plena convicção acerca de qualquer questão sem conhecimento mais amplo possível dos diversos aspectos que a compõem e sem alguma percepção das eventuais consequências da adoção de um ou outro ponto de vista. E não se pode alcançar o conhecimento amplo sem que sejam trazidas ao debate as diversas perspectivas do tema, nascidas no seio de uma sociedade plural. Há que se vislumbrar com clareza as posições antagônicas e, sopesando-as, chegar-se a uma conclusão.

A possibilidade de transformar a realidade político-social, através do exercício da livre manifestação do pensamento fundamenta-se, principalmente, na premissa de que a sociedade está em constante adaptação e mudança de valores, influenciada em grande parte pela mutação da opinião pública majoritária, de modo a superar dogmas e tradições, legalmente instituídos.

Interessante notar que o relator lembra seus pares da função do Supremo Tribunal Federal de proteção das minorias em razão da concepção material de democracia estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Relembra o ministro que a suprema corte tem, por diversas vezes, proferido decisões de caráter contramajoritário, o que reafirma o compromisso institucional do órgão protetor da Constituição de proteger as minorias, preservando os mandamentos constitucionais de grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade social, jurídica, econômica ou mesmo de participação política, o que faz com que tais grupos tornem-se objeto de intolerância, perseguição, discriminação, exclusão e opressão, o que pode vir a culminar em supressão de seus direitos fundamentais. (BRASIL, 2011, p. 85)

Segundo o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2011, p. 90): “ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República, **cujo texto** confere, aos direitos fundamentais, um nítido caráter contramajoritário” (grifo do autor).

Naturalmente, recai sobre os grupos minoritários a responsabilidade de, quando interessados, fazer oposição às políticas e leis do governo da maioria que descontentem seus interesses, fiscalizando-as, criticando-as e formulando propostas aos projetos e normas vigentes, configurando-se assim como alternativa ao *status quo* em vigor.

Neste sentido, por mais absurdas que sejam as críticas às leis e às políticas públicas formuladas pelo Estado, o direito de criticá-las restará protegido, uma vez que a democracia não é a ditadura da maioria, mas sim o sistema político em que as decisões são tomadas em nome e com a participação do povo. Assim, leciona o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2011, p. 90):

É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício do direito de reunião e da liberdade de expressão (e, também, o do direito de petição), **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

Por conseguinte, o fato da crítica objeto da manifestação ser considerada errada, perniciosa ou perigosa pelas autoridades públicas não é fundamento que justifique que a veiculação de tais ideias sejam proibidas ou reprimidas, uma vez que, a o direito à livre manifestação do pensamento não protege somente as ideias aceitas pela maioria, mas principalmente aquelas tidas como absurdas, por expressarem visões alternativas que contrariam os valores sociais hegemônicos, impostos pela maioria.

A proibição do dissenso em relação à coisa pública culminaria na aniquilação do próprio pensar político, bem como na asfixia da autonomia individual. O respeito ao dissenso, através da tolerância, garante a formação de uma opinião pública livre, decorrente do processo de argumentação entre as convicções divergentes, permitindo às minorias a possibilidade de se tornarem, no futuro, maioria. Reside aí a lógica do

sistema democrático, no qual: “o poder se submete à razão e não a razão ao poder” (BRASIL, 2011, p. 83).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 assegurou à livre manifestação do pensamento, e conseqüentemente ao direito de crítica, um caráter hegemônico, em razão de sua essencialidade no Estado Democrático de Direito, ao firmar o entendimento de que:

[...] a liberdade de manifestação do pensamento, **impregnada** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger **qualquer** pessoa cujas opiniões **possam**, até mesmo, **conflitar**, com as concepções **prevalecentes**, em determinado momento histórico, no meio social, **impedindo** que incida, **sobre ela**, por conta **e** efeito de suas convicções, **qualquer** tipo de restrição de índole política **ou** de natureza jurídica, **pois todos hão de ser livres** para exprimir idéias, **ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha** de pensamento dominante no âmbito da coletividade (BRASIL, 2011, p. 109).

Em que pese o princípio da unidade constitucional, que assegura não existência de hierarquia entre as normas constitucionais, Barroso (2007, p. 82-83) firma o entendimento de que a manifestação do pensamento, seja individual ou coletiva, fundamenta o exercício e garantia de outros direitos, como a liberdade e direito de informação e de crítica, justificando assim, uma posição de preferência – *preferred position* – em relação aos demais preceitos constitucionais individualmente considerados. Por essa razão, salienta o autor que esta posição de preferência têm sido consagrada em diversas cortes constitucionais do mundo, em especial, a Suprema Corte americana, o Tribunal Constitucional espanhol e o Tribunal Constitucional Federal alemão.

Neste sentido, a livre manifestação do pensamento, inclusive a que pretenda a descriminalização de uma conduta goza de posição preferencial na ponderação entre direitos constitucionalmente assegurados, em razão de sua contribuição para a orientação e formação da opinião pública nas sociedades democráticas, em atendimento ao pluralismo político.

Assim, o julgado em análise afirma o dever estatal de proteção do direito não só daqueles que pensam como a maioria, mas especialmente o direito daqueles que sustentam ideias que a maioria da população odeia, abomina e repudia.

Isto significa que a livre manifestação do pensamento é o direito por meio do qual assegura-se o pluralismo político, pressuposto das sociedades democráticas e

fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, inciso V da Constituição Federal (1988).

Segundo a ministra Carmem Lúcia: “não há plural sem contrários, sem diferenças; o pensamento único é próprio das ditaduras; não é próprio das democracias” (BRASIL, 2011, p. 163). O exercício da crítica possibilita a informação das pessoas e a transparência na gestão da coisa pública, principalmente através da imprensa, bem como o convencimento e a consequente adesão às causas que melhor os satisfaça.

Ante a importância de garantir destas liberdades públicas fundamentais, o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2011, p. 104) assenta o entendimento de que:

[...] nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, mesmo que se objetive, **com apoio** nesse direito fundamental, **expor** idéias ou formular propostas, **que a maioria** da coletividade repudie, pois, nesse tema, **guardo a convicção** de que **o pensamento há de ser livre**, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre. (grifo do autor)

Entretanto, vale ressaltar, a livre manifestação do pensamento não é absoluta, como qualquer outro direito fundamental. O que não se admite é a proibição em abstrato da expressão. Neste sentido, o ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2011, p. 195) relata que a manifestação do pensamento: “só pode ser proibida ou limitada quando dirigida a incitar ou desencadear ações ilegais iminentes [...] quando haja prova da sua capacidade ou da sua potencialidade de quebra da paz social”. Insta salientar que as limitações doutrinárias e jurisprudenciais à livre manifestação do pensamento já foram apresentadas no primeiro capítulo deste trabalho. A livre manifestação do pensamento, configura, portanto, verdadeira liberdade-responsabilidade.

Neste sentido, há uma espécie de “repulsa constitucional” à interferência do Estado no pensamento e no direito de liberdade de expressão, o que permite a inferência de consolidar-se na jurisprudência a reaproximação da livre manifestação do pensamento ao seu fundamento histórico de negação do Estado no exercício da autonomia individual, ao menos antes do exercício do mesmo, ou seja, sem prejuízo de responsabilidade ulterior.

Não há respeito ao direito de crítica, se o Estado, por meios diretos ou indiretos, frustra a realização de marchas, reuniões e passeatas que visam criticar políticas e leis

vigentes, ou mesmo que fruste a manifestação do pensamento crítico expressado individualmente. Isto porque, ao limitar este direito, o Estado estaria prescrevendo um pensamento oficial acerca do tema em questão, o que não é pela Constituição Federal (1988) permitido, nos termos do voto do ministro Celso de Mello (BRASIL, 2011, p. 107):

Nenhuma autoridade **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política, **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou confessional, **nem** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento (grifo do autor).

Isto se dá em razão de que o direito de pensar e comunicar-se é, para os cidadãos, seu mais precioso direito, só se considerando assegurado o direito de manifestação, se este for livre, sem que haja censura, ou qualquer outra restrição ou interferência estatal.

O direito de crítica, como fundamento da manifestação do pensamento descriminalizante deve ser, não só protegido, como assegurado pelo Estado, porque, como assinalado pelo ministro Marco Aurélio: “a primeira medida de todo governo despótico é obstruir os canais livres de circulação de ideias. É o primeiro sintoma de falência da democracia” (BRASIL, 2011, p. 188).

Passa-se agora ao estudo do direito de manifestar-se pela descriminalização de uma conduta, ou seja, do direito de criticar a legislação penal vigente, propondo reformas e alternativas à esta.

3.3 DIREITO DE MANIFESTAR-SE PELA ABOLIÇÃO PENAL

A tipificação de um delito depende da compreensão de que determinado bem jurídico é tão relevante para convivência em sociedade que a sua transgressão merece a movimentação do ramo do direito mais severo na responsabilização de um indivíduo: o direito penal.

Entretanto, a escolha dos bens jurídicos relevantes, passíveis de reprimenda penal, é de competência, precipuamente, do Poder Legislativo, ou mesmo do Poder Executivo através da elaboração da agenda pública e da formulação de políticas públicas criminais.

Neste sentido, em atendimento ao princípio democrático que rege a organização política brasileira, os indivíduos tem o direito de influir nesse processo decisório, seja através da manifestação do pensamento coletiva, em marchas, passeatas ou comícios, seja através da expressão individualizada.

A esse respeito, dispõe o ministro Celso de Mello:

O direito de reunião, Senhor Presidente, **também surge** como verdadeira pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político e no de tomada de decisões, notadamente agora em que o sistema constitucional brasileiro **confere** legitimidade ativa aos cidadãos para a instauração, por iniciativa popular, do processo legislativo, **o que habilita** o eleitorado **a propor**, ao Congresso Nacional, **nos termos** do art. 14, III **e** do art. 61, § 2º da Constituição, projetos de lei objetivando, até mesmo, **a própria** ‘abolitio criminis’ referente a qualquer conduta hoje penalmente punível (BRASIL, 2011, p. 95-96, grifo do autor).

Neste sentido, compreende-se do julgado que, não faz sentido que o cidadão brasileiro possa propor uma lei que descriminaliza uma conduta, mas que não possa defender tal abolição e convencer os demais cidadãos da conveniência ou necessidade desta proposição, independentemente do modo pelo qual se expressa este pensamento ou convicção.

Além do direito de reunião como meio pelo qual se expressa a manifestação do pensamento descriminalizante, o direito de manifestar-se pela descriminalização de uma conduta também está fundado no direito de petição, que estabelece que à todos são assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de peticionar aos Poderes Públicos em defesa de direitos como prevê o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal (1988).

O direito de petição consiste na prerrogativa de apresentar ao Poder Público, queixas e reclamações acerca de ilegalidades e abusos bem como na possibilidade de propor medidas que materializem o pensamento do peticionário a respeito de determinado tema. Por essa razão, entendeu o ministro relator que a expressão da convicção de que a descriminalização de uma conduta é a melhor política criminal a ser adotada pelo Estado em defesa dos direitos fundamentais, é legítima, como sucedeu, neste caso, em relação à Marcha da Maconha em que os manifestantes, pacificamente, reúnem-se no espaço público para propor ao Poder Legislativo, a adoção de medidas descriminalizadoras do uso e consumo da maconha e dos entorpecentes em geral.

No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011, p. 144) mostrou-se convencido de que:

Restringir manifestações públicas relacionadas com a reformulação da legislação penal significa subtrair da sociedade civil a possibilidade de, espontaneamente, eleger os temas que devem ser democraticamente submetidos à discussão, conferindo-se ao Estado o despótico papel de organizar a agenda social, definindo o momento e as condições em que as ideias serão levadas ao debate.

Portanto, em um Estado verdadeiramente democrático, cabe aos cidadãos determinar quais temas deverão ser submetidos ao escrutínio da opinião pública. Por essa razão, a manifestação que pretenda a descriminalização de uma conduta tida como crime não só deve ser garantida, como também assegurada pelo Estado, conservando assim a pluralidade de opiniões, ideias e convicções acerca da tipificação penal em questão, garantindo a possibilidade da transformação social a partir do debate e da discussão iniciada pelos destinatários da norma.

Segundo Silva (2012, p. 97), o direito de discordância em relação à norma penal fundamenta-se, ainda, na premissa de que:

Não cabe ao Estado dizer como alguém deve pensar, nem exigir que concorde com a lei penal, impedindo sua discordância pública da tipificação de determinado fato como criminoso e a exposição dos motivos pelos quais esse fato deve ser descriminalizado.

Se a compreensão dessa garantia fosse restringida, as normas penais seriam perpétuas em razão da não possibilidade de criticá-las e submetê-las ao debate e ao crivo da opinião pública. É por essa razão que o reconhecimento do direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante, funda-se também na premissa de que o direito penal não é eterno e imutável.

Um dos argumentos de maior propriedade em relação ao direito de manifestar-se pela descriminalização de uma conduta, sem que isso constitua-se como prática criminosa, é a de que houve, na história penal brasileira, a tipificação da conduta de capoeiragem em ruas e praças públicas, como um crime, nos termos do artigo 402 do Estatuto Penal de 1890.

De um bem jurídico relevante para a persecução penal, punido com pena de 2 a 6 meses de prisão celular por suposta lesão à paz pública, a capoeiragem, ante as diversas mutações sociais transcorridas do momento de sua tipificação aos dias

atuais, passou a ser considerada não só manifestação de caráter folclórico e cultural brasileiro, mas sim verdadeiro patrimônio cultural imaterial da humanidade, qualificado desta condição pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), organização internacional, que tem como objetivo, proteger os patrimônios culturais, materiais e imateriais diante do avanço da globalização (BRASIL, 2014, s.p.).

No mesmo sentido, realçando a transformação da sociedade como pressuposto da alteração das leis penais, através da crítica às legislações, inclusive a penal, o ministro Marco Aurélio em seu voto relata:

Quantos heróis nacionais não eram criminosos segundo a lei do tempo em que praticaram seus atos? Lembro-me de Tiradentes, julgado e condenado à morte como um traidor, praticou o crime de lesa-majestade. Foi o primeiro herói nacional, hoje patrono cívico do país e de diversas corporações policiais estaduais. Estariam, então, os autores de livros de história cometendo um crime ao incluí-lo no relato? (BRASIL, 2011, p. 185).

Diversos opositores e críticos ao ordenamento jurídico e o sistema político de seus tempos foram acusados de praticar crimes, sendo hoje considerados heróis nacionais, como por exemplo, Zumbi dos Palmares, símbolo de luta contra a escravidão, conduta esta, a seu tempo considerada subversiva, sendo que hoje a repressão da lei penal criminaliza a escravidão e não a luta contra sua prática, considerando crime a conduta de reduzir pessoa à condição análoga à de escravo, nos termos do artigo 149 do Código Penal brasileiro.

A esse respeito, vale a menção de que, recentemente, diversas condutas foram descriminalizadas, como por exemplo, os crimes de adultério (artigo 240 do Código Penal), sedução (artigo 217 do Código Penal) e do rapto consensual (artigo 220 do Código Penal), o que revela a tendência da abolição de tipos penais que visam proteger bens jurídicos não mais relevantes de tutela penal.

Entretanto, quando do processo de descriminalização de tais condutas, em razão de não se tratar de um tema controverso na sociedade, e de não ter havido ampla articulação de grupos majoritários visando conservar as figuras típicas, não houve maiores problemas em relação àqueles que publicamente defenderam o pensamento descriminalizante.

Porém, vale a advertência realizada pelo ministro Celso de Mello, ao afirmar que a reprovabilidade social da conduta objeto da manifestação que pretenda sua descriminalização é irrelevante para a efetiva garantia deste direito:

É por isso que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas, **longe** de significar um ilícito penal, supostamente caracterizador do delito de apologia de fato criminoso, **representa**, na realidade, **a prática legítima** do direito à livre manifestação do pensamento, **propiciada** pelo exercício do direito de reunião, sendo irrelevante, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, a maior ou a menor receptividade social da proposta **submetida**, por seus autores e adeptos, ao exame e consideração da própria coletividade (BRASIL, 2011, p. 119).

Verifica-se com este trecho do voto do relator que, é irrelevante para a efetiva proteção constitucional da livre manifestação do pensamento descriminalizante, a maior ou menor receptividade social da proposta de descriminalização da conduta. Isto significa que, manifestar-se pela descriminalização de uma conduta, por mais repulsiva que esta seja aos valores vigentes na sociedade, não configura-se como delito de apologia de fato criminoso, mas sim, na prática legítima do direito de criticar modelos vigentes de política criminal, inclusive o direito de propor alternativas à estes modelos.

É por essa razão que o Estado não pode, sob o argumento de aplicação da lei penal, direta ou indiretamente, selecionar quais ideias descriminalizantes serão submetidas ao debate público. Isto porque, a prerrogativa de decidir sobre a conveniência ou oportunidade da provocação do debate determinados temas é antidemocrática, contrária ao já mencionado primado do pluralismo político. Cabe somente à sociedade, aos grupos sociais e aos indivíduos, a decisão de quando, onde e como serão organizados os debates que visem a descriminalização de condutas, garantindo assim a liberdade e amplitude da discussão acerca da abolição penal.

Isto porque, a repressão ao debate enseja a clandestinidade do mesmo, formando-se júizes parciais, impossibilitando o amadurecimento do debate e a consequente decisão pelos poderes competentes de formular as mudanças socialmente requeridas.

3.3.1 Manifestação do pensamento descriminalizante e apologia ao crime

A arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 assentou a convivência harmoniosa entre o crime de apologia a fato delituoso ou autor de crime a garantia de livre manifestação do pensamento descriminalizante.

Isto porque, segundo a ministra Carmem Lúcia (BRASIL, 2011, p. 163), parafraseando afirmação de um juiz da Suprema Corte americana: “[...] se, em nome da segurança, abrímos mão da liberdade, amanhã não teremos nem liberdade nem segurança”. É por esse motivo que a reprimenda penal não atinge, segundo o entendimento consolidado neste julgamento, o direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante.

A esta altura, vale lembrar do primado do Direito Penal moderno, que prescreve que a proibição de condutas, realizada de maneira indiscriminada fere a autonomia individual:

A que ficaria o homem reduzido, se houvesse necessidade de proibir-lhe tudo o que pudesse lhe ser ocasião de praticar o mal? Seria preciso começar por tirar-lhe o uso dos sentidos. Para uma causa que impele os homens a cometer um delito, existem mil outras que os impelem a ações indiferentes, que apenas são delitos perante as leis más (BECCARIA, 2000, p. 102).

Neste sentido, em que pese a possibilidade de abuso no exercício da livre manifestação do pensamento descriminalizante, que ensejaria a prática de apologia ou incitação a fato delituoso, o Estado não pode, sob o pretexto da possibilidade de tais abusos, cercear do indivíduo o seu direito de expressão constitucionalmente assegurado, sob pena da autoridade estatal, com este ato, declarar que as pessoas são estúpidas e incapazes de distinguir o bem do mal, devendo estes, serem educados, oficial e institucionalmente, através da reprimenda penal.

Entretanto, este não é o papel do Direito Penal. Segundo Damásio de Jesus (2002, p. 10) este ramo do direito é concebido no ordenamento jurídico como *ultima ratio*, ou seja, regido pelo princípio da intervenção mínima que, segundo Damásio de Jesus, visa:

restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer a imprescindibilidade, só

devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita.

Neste sentido, a responsabilização penal da livre manifestação do pensamento não é razoável, nos casos em que haja crítica às leis penais e políticas criminais, em razão dos fundamentos até aqui apresentados, especialmente, o direito de crítica, preferência da livre manifestação do pensamento sobre os outros direitos constitucionais e do primado da participação popular e do pluralismo político, imprescindíveis às sociedades republicanas e democráticas.

Harmonizando a disposição penal e o texto e interesse constitucional, o ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011, p. 130) firma o entendimento de que a criminalização da conduta de fazer apologia ao crime e a livre manifestação do pensamento convivem no sistema jurídico nacional, uma vez que, pretender a descriminalização de uma conduta não significa exaltar ou provocar a prática antijurídica, mas sim o exercício regular do direito fundamental.

Ainda, o ministro faz a distinção entre o exercício da livre manifestação do pensamento descriminalizante e a prática de apologia ao crime, ao afirmar (BRASIL, 2011, p. 133) que: “O indivíduo é livre para posicionar-se publicamente a favor da exclusão da incidência da norma penal sobre o consumo de drogas, mas não ao consumo de entorpecentes propriamente dito.”

Extraí-se de seu voto que a defesa pública pela reforma legislativa e o tratamento legal referente às condutas tidas como crime é exercício do direito constitucional de manifestar-se livremente, sendo que, por outro lado, a apologia e a incitação ao crime, seja qual for, não estão resguardadas pela proteção constitucional.

Na mesma esteira, o relator ministro Celso de Mello (BRASIL, 2011, p. 112), seguido pelos seus pares, arremata:

[...] a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal **não se confunde** com o ato de incitação à prática do delito, **nem** o de apologia de fato criminoso, **eis que o debate** sobre a abolição penal de determinadas condutas puníveis **pode** (e deve) **ser realizado** de forma racional, **com respeito** entre interlocutores, **ainda** que a ideia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada **estranha, extravagante, inaceitável ou**, até mesmo, **perigosa** (grifo do autor).

A interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, confusão entre a tipificação de um delito como crime, com o debate de sua própria criminalização.

Portantao, o debate acerca da descriminalização está protegido pela Constituição, principalmente porque visa aferir, segundo o ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011, p. 176) se há na criminalização: “[...] mérito, se não há, se é atual, se não é, se é conveniente, se não é, se é eficaz, se não é.”

Nenhuma lei pode se blindar, nem mesmo a lei penal. Todas as normas estão submetidas à discussão de seu conteúdo. Até mesmo a lei fundamental, a Constituição, está submetida ao processo de deliberação acerca de seus defeitos e virtudes.

Portanto, reprimir este direito significa conservar o direito penal sem que haja debate, dissenso e convencimento entre nos destinatários da norma penal. O direito penal não é eterno, imutável ou mesmo indiferente em relação às mudanças sociais e políticas.

É por essa razão que o ministro Ayres Britto (BRASIL, 2011, p. 177-178) aduz que:

Impedir o questionamento de qualquer lei, não há dúvida de que é negar a licitude da discussão de qualquer tema, sem incorrer em ilicitude. Vale dizer, é o que e extrai do voto do Ministro Celso de Mello. É lícito discutir qualquer tema; não é ilícito discutir nenhum tema. Nem mesmo os temas penais ilícitos. Tudo é franqueado ao ser humano no uso da sua liberdade de pensamento.

Interessante é o posicionamento da ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2011, p. 183), que como todos os outros ministros, acompanhou integralmente o voto do relator, mas fez questão de relatar o alívio com o posicionamento da suprema corte brasileira:

Eu estou inteiramente de acordo com o eminente Relator, até porque faço parte do capítulo brasileiro dessa comissão internacional que estuda a descriminalização do uso de algumas drogas. De modo que me sinto inclusive aliviada de que a minha liberdade de pensamento e de expressão de pensamento esteja garantida.

O ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011, p. 141), convencido da existência do direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante, firmou o entendimento de que a manifestação ou a realização de reuniões, marchas e passeatas públicas nas quais sejam emitidas críticas às leis que criminalizam determinadas condutas, não podem, por si só, serem consideradas como apologia ao crime, estabelecendo para tanto duas razões.

A primeira delas é a de que a manifestação que pretenda a descriminalização objetiva o fim da proibição legal de determinada prática, ou seja, que a mesma seja considerada, no mínimo, indiferente ao direito penal, não sendo mais considerada crime, e portanto sendo tolerada legalmente. A segunda razão, segundo o ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011, p. 141), é a de que: “[...] proteção constitucional da liberdade de expressão garante a livre emissão de opinião, inclusive quanto à descriminalização de condutas.”

Portanto, a livre manifestação do pensamento descriminalizante é um direito que, no entendimento da Suprema Corte, não pode sofrer limitações ou censura pelo Poder Público nem é passível de persecução penal por configurar-se como exercício legítimo da liberdade de expressão.

No curso do julgamento, os ministros relembram de um dos poucos doutrinadores brasileiros que já escreveram sobre o tema e firmaram seu entendimento em relação à matéria no mesmo sentido da suprema corte. Neste sentido, manifesta-se o jurista Delmanto *et al*/assevera que (2010, p. 820):

[...] defender a descriminalização de certas condutas previstas em lei como crime, não é fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Igualmente, não configura o crime deste art. 287 a conduta daquele que usa camiseta com estampa da folha de maconha, por ser inócua a caracterizar o crime e por estar abrangida na garantia constitucional da liberdade de manifestação do pensamento (grifo nosso).

Percebe-se da doutrina citada que a manifestação do pensamento deve ter, por si só, a possibilidade de desencadear a ação ilegal, sendo que, se revestida de caráter crítico, especialmente em relação à condição de uma conduta ser tida como criminosa, a manifestação da crítica não será passível de responsabilização penal.

Segundo o ministro Luiz Fux (BRASIL, 2011, p. 151-152), esta decisão, visando solucionar a questão específica apresentada pela autora de afastar interpretações que pudessem ensejar a criminalização da defesa da descriminalização da maconha ou de outros entorpecentes, possibilitará:

[...] ao cidadão a livre manifestação de seu pensamento na esfera pública, quando favorável à descriminalização do consumo de entorpecentes, sem a ameaça de uma repressão estatal; ser-lhe-á franqueada a oportunidade de apresentar ao *mercado livre de ideias* a sua posição sobre o tema e, assim, enriquecer o debate público acerca de matéria tão sensível. Por outro lado, às autoridades públicas será imposto maior esforço argumentativo (como convém a qualquer restrição das liberdades fundamentais) para justificar o enquadramento da conduta do indivíduo na

tipificação penal da apologia ao crime. A simples participação em movimento pró-descriminalização das drogas, como a “Marcha da Maconha” ou outros, não dará supedâneo à prisão ou a processo penal – será necessário que se verifique, caso a caso, a efetiva incursão na prática delitiva prevista no artigo 287 do Código Penal, o louvor à prática do uso do entorpecente em si (se e enquanto esta ainda for prevista em lei como crime).

De igual modo, também não se poderá entender como exercício da liberdade de expressão a efetiva prática da atividade delitiva cuja descriminalização se defende; ao revés, o consumo da droga constituirá evidente excesso e, assim, incursão na conduta penalmente tipificada.

Por fim, vale a menção de que este julgamento possibilitou que o Supremo Tribunal Federal firmasse precedente acerca dos fundamentos da liberdade de manifestação do pensamento descriminalizante, ou seja, a liberdade de manifestar-se favorável a descriminalização de uma conduta penalmente reprimida.

Indo além, em uma interpretação mais ampla dos alcances da decisão, Assunção e Silva (2012, p. 86) assevera que com o julgamento da arguição em análise, o Supremo Tribunal Federal:

[...] ao garantir um amplo direito de crítica à legislação penal, vez que esta não é imodificável, acabou por reconhecer como inconstitucionais quaisquer atos do Poder Público que visem impedir manifestações públicas e marchas que visem à descriminalização de outros fatos considerados delituosos.

Considera o autor que os fundamentos apresentados no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 são suficientes para a proteção da liberdade de manifestação do pensamento descriminalizante.

Entretanto, para que se possa chegar à conclusão do autor, é necessário que a decisão em análise seja conjugada com a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, sob pena de que a decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 não produza efeitos em relação à manifestação do pensamento descriminalizante que pretenda a abolição penal de outros tipos penais que não os especificamente julgados nesta arguição, ou seja, a manifestação pela descriminalização do uso e plantio da maconha e de outros entorpecentes.

Visando a compreensão da extensão da decisão, ou seja, se no plano prático os fundamentos elencados pela arguição em análise são suficientes para resguardar o direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante, passa-se a uma brevíssima análise desta teoria.

3.4 TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 187

A Lei 9.882/99 dispõe em seu artigo 10 que a decisão proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Significa dizer que os demais órgãos que compõem o Poder Público devem obediência aos preceitos firmados na decisão proferida no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187. Isto porque trata-se de controle abstrato de constitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal, visando assegurar a proteção e a supremacia do texto constitucional afastou interpretações que culminassem na criminalização da defesa da descriminalização da maconha e de outros entorpecentes específicos, inclusive através da realização de marchas, reuniões ou passeatas públicas.

Entretanto, reside aí, para a compreensão da extensão da decisão em análise, uma questão fundamental a ser deliberada: com o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187, a manifestação do pensamento descriminalizante que pretenda a descriminalização de outras condutas, que não a de uso e plantio de maconha ou de outros entorpecentes específicos, está juridicamente protegida? Isto é, esta modalidade de manifestação do pensamento, legítimo exercício do direito de crítica, está, no plano prático e judicial, assegurada por este julgamento?

Para resolver esta questão, apresenta-se, já no encerrar deste trabalho, a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes.

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes é uma teoria extensiva dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas. A teoria prescreve que, ao exercer o controle de constitucionalidade, não só a parte dispositiva acordada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal possuem efeito vinculante, mas, também, os fundamentos determinantes de decisão.

Neste sentido, a razão (causa de decidir) que os levou a conclusão constante na parte dispositiva do acórdão também é vinculante, obrigando a Administração Pública direta e indireta e os demais órgãos do Poder Judiciário a decidir observando a fundamentação das decisões proferidas pela suprema corte brasileira, no exercício do controle abstrato de normas.

Barroso (2007, p. 184), em obra sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, apresenta de maneira objetiva, o conceito da teoria em análise:

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando transcendência dos motivos determinantes. **Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir** (grifo nosso).

A consequência prática da admissão da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes é a de que, seria admissível a propositura de reclamação (artigo 102, I, alínea “I” da Constituição Federal de 1988), endereçada ao Supremo Tribunal Federal, para a garantia da autoridade de suas decisões, considerando como decidido, não só a parte dispositiva do acórdão, atrelada ao pedido do autor (princípio da congruência), mas também os fundamentos firmados na deliberação e fundamentação dos julgados.

A doutrina cuida ainda de separar, dentre os fundamentos da decisão, a razão fundamental de decidir e as razões e argumentos acessórios, que permeiam a deliberação constitucional. Na lição de Fernandes (2011, p. 978):

Mas aqui, mais uma questão: toda a parte de fundamentação vincula com base no efeito vinculante? Obviamente que não. **O que obriga e vincula, e é o fator determinante da transcendência dos motivos determinantes, é a chamada *ratio decidendi*, a razão fundamental de decidir.** Certo é que, na parte da fundamentação, também teremos *obiter dictum*; coisas paralelas, ditas de passagem, que não irão vincular (não serão vinculantes) (grifo nosso).

Neste sentido, se adotada esta Teoria pelo Supremo Tribunal Federal, a livre manifestação do pensamento descriminalizante estará assegurada. Isto porque, a causa de decidir constante na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 é ampla, não fazendo distinção entre manifestações que pretendam a descriminalização de um ou outro delito, assegurando o direito de crítica às normas penais como um todo, sem qualquer consideração em relação à reprovabilidade social da conduta tida como crime em questão.

Visitando a doutrina alemã sobre o tema, onde aliás a teoria tem sua origem, Mendes e Branco (2014, p. 1213) leciona:

Assim, propõe Vogel que a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a *norma decisória concreta*. **A norma decisória concreta seria aquela “ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes (grifo nosso).**

No presente caso, a norma decisória concreta presente na arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 é a concepção de que o direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante é uma modalidade de direito de crítica, apto a propiciar o pluralismo político decorrente da participação popular, e que por esta razão, este não pode ser confundido com a conduta tipificada como apologia ao crime.

A adoção da Teoria dos Motivos Determinantes, encontra adesão, entre outros, por parte de Mendes e Branco (2014, p. 1213) que encontram na teoria a preservação da ordem constitucional:

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da *coisa julgada* e da *força de lei*. **Ademais, tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional (grifo nosso).**

Esta compreensão, garante o direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante de uma maneira ampla porém responsável, assegurando o binômio liberdade-responsabilidade, afastando a criminalização da participação popular no processo de elaboração e discussão das leis, próprio dos Estados democráticos e republicanos.

Faz-se necessário verificar a evolução desta teoria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de constatar-se, no plano prático e jurisdicional, se este direito está resguardado.

O Supremo Tribunal Federal, manifestou-se a favor da teoria em análise por reiteradas vezes. Um dos julgados que exemplifica a adoção da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes pela suprema corte brasileira é o da Reclamação 1987-0, de relatoria do ministro Maurício Corrêa:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQÜESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA

CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Preliminar. Cabimento. **Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua.**

2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal.

3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária.

4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. **Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.**

5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente.

(STF - Tribunal Pleno, Rcl 1987/DF, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 01/10/2003, DJU de 21-5-2004) (grifo nosso)

Entretanto, em que pese a jurisprudência supracitada adotar a teoria em análise, admitindo a teoria em análise e consequentemente a reclamação para a proteção de situações em desacordo com os fundamentos de decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, alterou seu entendimento, afastando a aplicação da teoria e o reconhecimento da reclamação como instrumento para a salvaguarda de direitos constitucionais fundados na fundamentação de decisões por ele proferidas. Neste sentido julgado de 15/03/2016 de relatoria do ministro Edson Fachin:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. AFERIÇÃO DA REGULARIDADE DA CUSTÓDIA EM FLAGRANTE. PROVIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE MATERIAL ENTRE OS COMANDOS NORMATIVOS. PERTINÊNCIA ESTRITA. TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INAPLICABILIDADE. 1. Ao julgar a ADI 5240/SP, o Tribunal Pleno não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade no que toca às normas

administrativas atinentes à obrigatoriedade e prazo de apresentação em Juízo do acusado, na medida em que tais dispositivos, mera regulamentação do Pacto de São José da Costa Rica e da legislação processual penal, não detêm aptidão para figurar como objeto de controle de constitucionalidade. Sendo assim, a presente reclamação é incabível, por tratar de situação que não guarda relação de estrita pertinência com o parâmetro de controle. 2. **Ainda que se admita a correspondência da ratio decidendi entre as matérias, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em afirmar o não cabimento de reclamação, na hipótese em que fundada na transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante, na medida em que tal efeito abrange apenas o objeto da ação.** Idêntica conclusão, com maior razão, é aplicável na hipótese de considerações tecidas no julgamento a título de obiter dictum e que, portanto, sequer sustentam a decisão apontada como paradigma. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 21884 AgR, **Relator(a): Min. EDSON FACHIN**, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 08-04-2016 PUBLIC 11-04-2016) (grifo nosso)

Ainda, na mesma esteira, segue julgado de relatoria do ministro Celso de Mello, relator da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187:

E M E N T A: RECLAMAÇÃO – APRECIÇÃO DAS CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE GOIÁS – ALEGADO DESRESPEITO À AUTORIDADE DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADI 849/MT, DA ADI 1.779/PE E DA ADI 3.715/TO – INOCORRÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE INVOCAR-SE, PARA FINS DE RECLAMAÇÃO, A TESE DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS QUE EMBASARAM AS DECISÕES QUE ESTA SUPREMA CORTE PROFERIU EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – PRECEDENTES – RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA, QUE ENTENDE CABÍVEL O EMPREGO DO INSTRUMENTO RECLAMATÓRIO EM TAL SITUAÇÃO – DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Rcl 19099 AgR, **Relator(a): Min. CELSO DE MELLO**, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 26-05-2015 PUBLIC 27-05-2015) (grifo nosso)

Portanto, constata-se que a interpretação majoritária da composição atual do Supremo Tribunal Federal é restritiva e não extensiva, afastando a aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, de modo a que somente a parte dispositiva das decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas vincula o Poder Público.

A não adesão à esta teoria se dá em razão em razão da condição de colegiado do órgão, ou seja, porque muitas vezes as fundamentações dos votos são variadas, ainda que os votos em si sejam harmoniosos e acabem por ter o mesmo resultado prático, decidindo no mesmo sentido pela procedência ou não da ação, ou pela

aplicação de técnica de interpretação, entre outros. Logo, a adoção da teoria pode vir a causar insegurança jurídica em relação ao entendimento firmado pela decisão.

Ademais, há ainda a questão de política judiciária. A adesão à teoria enseja a redução no número de ações de controle abstrato de constitucionalidade. Porém, ao permitir ao cidadão o acesso direto à suprema corte, acaba por aumentar, consideravelmente, o número de reclamações constitucionais visando assegurar a autoridade das decisões do supremo, aí incluídos os direitos assegurados em suas fundamentações.

Entretanto, compreende-se que, em razão da magnitude dos direitos fundamentais, notadamente do direito à liberdade de manifestação do pensamento descriminalizante, ante todos os fundamentos apresentados neste trabalho, a não adoção da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes torna a decisão ineficaz à proteção do discurso descriminalizante em relação à outros crimes que não os deliberados no caso da “Marcha da Maconha”.

Verifique-se que diversos discursos descriminalizantes estão em vigor, como por exemplo a pretensão de descriminalização do aborto (artigo 124 do Código Penal), da posse e do porte de arma de uso permitido (artigos 12 e 14 da Lei 10.826/03), da eutanásia, que pode ensejar que o agente incorra em vários tipos penais, entre outros. Todavia, estes discursos, se não adotada a teoria supracitada, continuaram a mercê da discricionariedade das autoridades policiais e judiciárias, que caso não demonstrem apreço pela ideia veiculada, poderão vir a cometer abusos fundados na paz e segurança pública, cerceando o mais importante direito do ser humano: a liberdade.

Negar o direito de manifestar-se, é negar a condição humana daquele que visa expressar-se, pois somente o homem detém a razão e todas as possibilidades que dela advém, inclusive a de transformação do meio social e político, valendo-se para tanto a liberdade de ação e de comunicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, vale ressaltar que o direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante encontra respaldo na própria garantia de liberdade de manifestação do pensamento e expressão, previstas nos artigos 5º, incisos IV e IX, e 220 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A arguição em análise firmou, ao menos no plano teórico, precedente de suma importância acerca dos fundamentos da livre manifestação do pensamento e do direito de manifestar adesão à descriminalização de condutas tidas como ilícitas.

O direito de manifestar-se pela descriminalização de uma conduta decorre não só do direito de expressar-se e manifestar opiniões, ideias e convicções políticas, mas também do direito de divergir das leis e políticas públicas vigentes, criticando-as e informando as demais pessoas de suas contrariedades e deméritos, a fim de atender à formação do pluralismo político, fundamento da República brasileira, nos termos do artigo 1º, inciso V da Constituição (BRASIL, 1988).

Como demonstrado, através do estudo da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 e dos fundamentos apresentados pelos ministros, a manifestação do pensamento descriminalizante não se confunde com a prática de apologia e incitação ao crime, mas sim, representa a participação popular no processo de elaboração das leis.

Entretanto, viu-se que a decisão proferida não assegura, no plano prático, a proteção integral deste direito, restringindo seus efeitos à manifestação do pensamento que pretenda a descriminalização de entorpecentes, uma vez que, apesar dos fundamentos evocados, que não fazem distinção entre os tipos penais para fins de garantia deste direito, o julgado afasta a incidência da norma penal, que prevê a conduta de fazer apologia a ato criminoso como crime, tão somente em relação aos manifestantes que pretendam a descriminalização de um crime, objeto do caso concreto da arguição.

É por essa razão, que, conclui-se: a mera possibilidade de criminalizar a defesa do discurso abolicionista, por si só, já representa, ainda que indiretamente, censura, o que é vedado no Estado Democrático de Direito brasileiro.

O direito à livre manifestação do pensamento descriminalizante, revestido de caráter fundamental no sistema constitucional brasileiro, não deve, ante os fundamentos apresentados neste trabalho, ficar a mercê de convicções pessoais das autoridades judiciárias e policiais.

Logo, conhecido o vácuo judicial que restou do julgamento da referida arguição, faz-se necessária a adoção de providências legislativas ou judiciais a fim de afastar a possibilidade de novamente ter-se a criminalização da defesa da descriminalização de ideias abolicionistas em curso, como as que pretendem a abolição penal de condutas como o aborto, o porte de armas, a eutanásia, entre outras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, Ministério da Cultura. **Roda de Capoeira recebe título de Patrimônio Cultural Imaterial da Humanidade**. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset_publisher/OiKX3xIR9iTn/content/id/1230742>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. Presidência da República. **Ato Institucional n. 5 de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/_AITs_CF1967.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____, Presidência da República. **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2015.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Emenda Constitucional n. 1 de 1969 à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm#nova%20reda%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 03 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei n. 7.716 de 1989**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei n. 9.868 de 1999**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei n. 9.882 de 1999**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____, Presidência da República. **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____, Presidência da República. **Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Senado Federal. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil de 1890**. Disponível em:
<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.462/PA**. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Brasília, Diário da Justiça 25-3-2011. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3462&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 675276/RJ**. Relator Ministro Celso de Mello in: MOARES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 52.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Consulta processo eletrônico: arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187**. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691505>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ementa da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 17**. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818536/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-17-ap-stf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus n. 82.424-2/RS**. Relator Ministro Moreira Alves. Brasília, Diário da Justiça 19-3-2004. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro teor do acórdão da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187**. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em 03 abr 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONVENÇÃO americana sobre direitos humanos de 1969. Disponível em:
<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 01 abr. 2016.

COLLIARD, Claude-Albert. **Libertés publiques**, Paris: Dalloz, 1972.

DECLARAÇÃO Univesal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em:
<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; ALMEIDA DELMANTO; Fabio M de, DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2006.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2016.

JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: 1º volume – Parte Geral. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

MARCHA da maconha - blog. Disponível em: <<http://blog.marchadamaconha.net>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

RAPAZ vai depor usando boné com estampa de maconha e acaba preso. G1 Bauru e Marília, Bauru, 20 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2015/01/rapaz-vai-depor-com-bone-com-estampa-de-maconha-e-acaba-preso.html>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1 ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2012: (*e-book*).

SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de expressão e crimes de opinião**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SUPREMO suspende inquérito contra CQC por apologia às drogas em reportagem. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 24 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/supremo-suspende-inquerito-cqc-apologia-drogas>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OBRAS CONSULTADAS

19, Article. **Liberdade de expressão**. Disponível em: <<https://www.article19.org/pages/pt/freedom-of-expression.html>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COX, Archibald. **Freedom of Expression**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

CPDOC, Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. **Estado novo**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/EstadoNovo>. Acesso em: 16 abr. 2016.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério Greco. **Código Penal Comentado**. 9. ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOBRE, Freitas. **Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação**. São Paulo: Summus, 1988.

ORTEGA, Carlos Eduardo. **O papel do STF como Corte Constitucional e transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado de constitucionalidade**. Revista Eletrônica Migalhas, 7 out 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI94552,11049-O+papel+do+STF+como+Corte+Constitucional+e+transcendencia+dos+motivos>>. Acesso em: 17 maio 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SÃO VICENTE, Jose Antonio Pimenta Bueno, Marques de. **Direito Publico brasileiro e analyses da constituição do imperio**. Rio e Janeiro: Typrographia Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1857. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>> Acesso em: 12 abr. 2016.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

VIRGÍNIA, **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia de 1776**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 01 abr. 2016.